

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**FACULDADE DE DIREITO**

UNIVERSIDADE DE LISBOA

**O Novo Paradigma: a Troca Automática de Informações Financeiras. A  
Dissipação do Sigilo Bancário para efeitos fiscais?**

**Romina Marques De Almeida**

**Mestrado em Direito e Prática Jurídica**

**Especialidade: Financeiro e Fiscal**

**2018**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**O Novo Paradigma: a Troca Automática de Informações Financeiras. A  
Dissipação do Sigilo Bancário para efeitos fiscais?**

**Romina Marques De Almeida**

**Dissertação orientada pela Professora Doutora Ana Paula Dourado**

**Mestrado em Direito e Prática Jurídica**

**Especialidade: Financeiro e Fiscal**

**2018**

**Nota prévia:**

A presente dissertação de mestrado está centrada na análise da temática da troca de informações para efeitos fiscais, exclusivamente no âmbito de impostos sobre o rendimento e sobre o património, correlacionada com a evolução da (in)oponibilidade do sigilo bancário ao fisco. Ao abordarem-se as disposições sobre troca de informações em vários instrumentos legais, somente serão analisadas as formas de troca de informações a pedido e a automática.

## **Principais Abreviaturas Utilizadas**

**AT** - Autoridade Tributária e Aduaneira

**CRP** - Constituição da República Portuguesa

**CRS** - Common Reporting Standard

**Convenção** – Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal

**CMOCDE** – Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património

**EM** - Estados-Membros

**EUA** – Estados Unidos de América

**FATCA** – Foreign Account Tax Compliance Act

**FFI** – Foreign Financial Institution

**IGA** – Intergovernmental Agreement

**IRC** - Internal Revenue Code

**IRS** – Internal Revenue Service

**LDP** – Lei de Proteção de Dados

**LGT** – Lei Geral Tributária

**MCAA** – Multilateral Competent Authority Agreement

**OCDE** – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

**RCIF** – Regime de Comunicação das Informações Financeiras

**RGICSF** – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

**TIEA** – Acordos de Troca de Informação

**TC** – Tribunal Constitucional

**UE** – União Europeia

## Resumo

A presente dissertação tem por desígnio final a análise do novo Standard concernente à Troca Automática de Informações Financeiras para efeitos fiscais e o confronto dos respetivos efeitos no instituto do sigilo bancário. Em momento prévio, serão inseridos e abordados assuntos “marginais” relacionados com o este tema, nomeadamente, a contextualização da Troca de Informações para efeitos fiscais como mecanismo de combate à Concorrência Fiscal Prejudicial e aos fenómenos de Evasão e Elisão Fiscal Internacional, e a existência de instrumentos internacionais consagradores de uma cláusula de intercâmbio de informações para efeitos fiscais.

Os recentes desenvolvimentos em matéria de intercâmbio de informações para efeitos fiscais preconizaram uma mudança de paradigma a respeito das informações cobertas pelo sigilo bancário. Se nos primórdios da legislação fiscal da maioria das jurisdições, o acesso a informações cobertas pelo sigilo bancário era limitado, ou mesmo, inexistente, a luta crescente e vivaz contra os fenómenos de fraude e elisão fiscal internacional levou a grandes mudanças, sempre graduais, no âmbito dos poderes atribuídos pelos governos às administrações fiscais.

Foi no contexto da iniciativa liderada pelo G20 que em 2009 os Estados comprometeram-se a adotar como padrão mundial a troca de informações a pedido em caso de relevância previsível. Este padrão impossibilita a recusa da prestação de informações com o argumento de que as mesmas se encontram na posse das Instituições Financeiras, estando, por isso, cobertas pelo dever de aquelas manterem o sigilo bancário.

Mas a verdadeira revolução no âmbito da Cooperação Internacional Administrativa em Matéria Fiscal preconizou-se em 2013: a troca automática e obrigatória de informações para efeitos fiscais passou a ser uma regra mundialmente aceite. Dentro deste padrão mundial, o cruzamento de informações financeiras entre as administrações fiscais, passa a funcionar sob égide do *Common Reporting Standard* que determina um conjunto de procedimentos pelos quais as Instituições Financeiras devem identificar, recolher e comunicar as informações sobre contas financeiras por si mantidas. Com efeito, tal Standard faz surgir uma nova era no sigilo bancário.

**Palavras-Chave:** troca de informações para efeitos fiscais; troca de informações financeiras; derrogação do sigilo bancário.

## **Abstract**

The purpose of this dissertation is the analysis of the new Standard concerning the automatic exchange of financial information for tax purposes and the comparison of the respective effects in the institute of banking secrecy. In the past, "marginal" issues related to this topic will be inserted and addressed, namely the contextualization of Information Exchange for fiscal purposes as a mechanism to combat Prejudicial Fiscal Competition and the Evasion and International Tax Elusion phenomena, and the existence of international instruments constituting a clause for the exchange of information for tax purposes.

Recent developments in the exchange of information for tax purposes have called for a paradigm shift regarding information covered by banking secrecy. While in the early days of tax legislation in most jurisdictions, access to information covered by bank secrecy was limited, or even non-existent, the growing and lively struggle against international tax evasion led to major, ever gradual changes in the government powers to tax administrations.

It was in the context of the G20-led initiative that in 2009 the states committed themselves to adopting as a global standard the exchange of information on request in case of foreseeable relevance. This standard makes it impossible to refuse to provide information on the grounds that they are held by the Financial Institutions and are therefore covered by their duty to maintain banking secrecy.

But the real revolution in the field of International Tax Cooperation in fiscal matters was foreseen in 2013: the automatic and obligatory exchange of information for tax purposes became a globally accepted rule. Within this world-wide pattern, the cross-referencing of financial information between tax administrations is now operated under the Common Reporting Standard, which establishes a set of procedures by which Financial Institutions must identify, collect and communicate information on financial accounts held by them. In effect, such a Standard gives rise to a new era in banking secrecy.

**Keywords:** exchange of information for tax purposes; exchange of financial information; derogation of bank secrecy.

## Índice

Introdução ao Tema .....	1
Capítulo I – A Importância do Mecanismo da Troca de Informações para Efeitos Fiscais .....	5
Secção I - Combate às Práticas Fiscais Prejudiciais e Justiça na Tributação .....	5
1. Concorrência Fiscal Prejudicial .....	5
2. Fraude e Elisão Fiscal .....	11
Capítulo II – O Movimento Internacional e Comunitário da Troca de Informações para Efeitos Fiscais .....	15
Secção I - O Contributo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico .....	15
1. Aspetos Gerais .....	15
2. Os Trabalhos da OCDE no combate ao Sigilo Bancário e o Padrão Mundial em Matéria de Transparência Fiscal e Troca de Informações de 2009 .....	20
3. A Troca de Informações na Convenção Multilateral Conselho da Europa/OCDE sobre a Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal .....	29
4. A Troca de Informações no Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património, da OCDE .....	33
Secção II – A Troca de Informações na União Europeia .....	38
1. Aspetos Gerais .....	38
2. Breve referência à Diretiva 2003/48/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa à Tributação dos Rendimentos da Poupança sob a forma de Juros .....	40
3. Diretiva 2011/16/EU do Conselho, de 15 de Fevereiro de 2011, relativa à Cooperação Administrativa no domínio da fiscalidade .....	41
Secção III – O Novo Padrão Mundial: A Troca Automática de Informações Financeiras para Efeitos Fiscais .....	46
1. Aspetos Gerais .....	46

2. Concretização: Common Reporting Standard (CRS) – Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information.....	50
2.1 Breve Referência ao Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures.....	56
Capítulo III – A Implementação do Common Reporting Standard para a Troca Automática de Informações Financeiras na Ordem Jurídica Portuguesa .....	59
Secção I – Enquadramento Legislativo .....	59
1. A Implementação do CRS na União Europeia .....	59
2. A Transposição da Diretiva 2014/107 EU, do Conselho, de 9 de Dezembro de 2014, para a Ordem Jurídica Portuguesa .....	61
Secção II – <i>Common Reporting Standard</i> no Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de Maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de Outubro.....	64
1. Instituições Financeiras Reportantes e Instituições Financeiras Não Reportantes em Portugal .....	64
2. Contas Financeiras e Contas Sujeitas a Comunicação.....	67
3. Regras de Comunicação e de Diligência Devida a aplicar pelas Instituições Financeiras (RCDD) .....	70
A) Procedimentos de <i>diligência devida</i> para Contas Preexistentes de menor valor de pessoas singulares .....	71
B) Procedimentos de <i>diligência devida</i> para Contas Preexistentes de elevado valor de pessoas singulares.....	72
C) Procedimentos de <i>diligência devida</i> para Contas Novas de pessoas singulares	73
D) Procedimentos de <i>diligência devida</i> para Contas Preexistentes de Entidades...	73
E) Procedimentos de <i>diligência devida</i> para Contas Novas de Entidades .....	75
F) As Informações Financeiras sujeitas a Comunicação e Troca Automática .....	76
Capítulo V – A Derrogação do Sigilo Bancário para efeitos Fiscais .....	79
Secção I – Enquadramento Legislativo e Evolução .....	79
1. Conceito de Sigilo Bancário .....	79



2. Ordenamento Português.....	81
3. Violação de Direitos?.....	86
Secção II – A Troca Automática de Informações Financeiras: a Dissipação do Sigilo Bancário para efeitos fiscais? .....	93
1. Conclusões Finais .....	93
Bibliografia e outros Documentos.....	101

## **Introdução ao Tema**

A troca de informações para efeitos fiscais consubstancia um instrumento fulcral de Cooperação Internacional Administrativa em matéria fiscal, não só por permitir uma adequada aplicação da legislação fiscal dos Estados (de fonte nacional e de fonte internacional), mas também por possibilitar uma visão e perceção correta e transparente da realidade do contribuinte, realizada a nível internacional, e que, nos dias que correm, é suscetível de ser facilmente manipulada.

A liberalização da economia, propulsora de um crescente desenvolvimento do comércio internacional, também ele estimulado pela revolução tecnológica, permitiu que o contribuinte pudesse construir a sua realidade económica a um passo veloz e de forma invisível perante a Administração Tributária.

O contribuinte consegue, desde então, investir, desenvolver e gerar riqueza de forma não tributada, a um ritmo e qualidade tal, impossível de ser prognosticado e estancado pelas Administrações Tributárias. Tal insucesso deve-se à ausência de apetrechos fiscais, técnicos, legislativos e procedimentais, que lhes confirmam poderes alargados e capacidades efetivas para combaterem esquemas fiscais agressivos e fraudulentos de elevada complexidade.

Assim, a nova era da economia não tributada torna-se impossível de ser obstaculizada se, por um lado, os mecanismos tradicionais de fiscalização tributária não forem revistos ou substituídos, e se, por outro lado, não forem tomadas decisões legislativas em prol do interesse público. O interesse público aqui elevado corresponde à justa repartição da carga fiscal contributiva e das receitas estaduais, e mais, à saúde financeira dos Estados; interesse que é violado pelo incumprimento fiscal e pelos fenómenos de elisão e fraude fiscal, pois daí resulta uma redução da receita proveniente da arrecadação dos impostos, recurso imprescindível face à prossecução dos interesses e necessidades públicas.

Uma das formas cruciais para fazer frente ao desenvolvimento de uma economia internacional periférica e não tributada, é abandonar as medidas unilaterais e partir para uma Cooperação Internacional em matéria fiscal. Só assim é possível que seja exercida uma soberania tributária eficiente; embora limitada às fronteiras nacionais e pelo princípio geral da territorialidade, ela consegue acompanhar factos tributários plurilocalizados noutras jurisdições soberanas, se houver Cooperação Fiscal a nível

Internacional, nomeadamente, de índole administrativo, no qual se insere o mecanismo da Troca de Informações para efeitos fiscais. Neste sentido, Ana Paula Dourado, refere que *‘The lack of exchange of information is an alien that will introduce distortions in the approval of a tax reform including where different legalities are represented.’* [Dourado, A.P (2013) p.4]

De facto, a atividade de arrecadação de receitas tributárias e todos os procedimentos necessários a esse fim, incluindo a recolha de informações, fica limitada a elementos que estejam dentro do território nacional, a pessoas que aí se encontram e atividades (ou investimentos) aí realizadas; com efeito, inevitavelmente, a fiscalização tributária também acaba por ficar fortemente restringida há realidade que o contribuinte apresenta no território onde reside.

Assim, frente a todo o novo contexto internacional, económico e tecnológico, as Administrações Fiscais deixaram de ter capacidade para, unilateralmente, controlarem a tributação efetiva de tal multiplicidade de factos, pois a realidade económica do contribuinte transcende o território onde reside. Consequentemente, as informações relevantes para a cobrança coativa dos tributos numa determinada jurisdição, podem estar localizadas em outros territórios/jurisdições<sup>1</sup>.

Faz, pois, todo sentido, a afirmação de que a Troca de Informações para efeitos fiscais a nível internacional, *‘encontra a sua razão de ser, precisamente na incapacidade de as Administrações Fiscais nacionais, autonomamente, fazerem face ao impacto da globalização e das consequentes transações internacionais’*<sup>2</sup>, assim como a encontram, a generalidade dos instrumentos de cooperação fiscal internacional.

Superado este obstáculo, existem, no entanto, outros, inseridos no plano da eficácia e funcionamento da Troca de Informações para efeitos fiscais. Em primeiro lugar, refiro-me à árdua tarefa estadual de equilibrar por um lado, a soberania tributária, e por outro, os direitos, liberdades e garantias dos contribuintes. A Troca de Informações para efeitos fiscais pode, de facto, constituir um meio extremamente invasivo na esfera privada dos contribuintes; falo, em especial, do que ao presente tema interessa, a derrogação do sigilo

---

<sup>1</sup> Como bem refere Rita Calçada Pires [Pires, R.C (2011), p. 484]: *‘Os dados adquiridos não só podem não estar localizados na jurisdição fiscal da Administração Fiscal que deles obteve conhecimento, mas também podem ser necessários a outra jurisdição fiscal, tratando-se de situações plurilocalizadas.’*

<sup>2</sup> [Pires, R.C (2011), p. 486 e 495]

bancário como condição necessária à efetividade do cruzamento de informações financeiras para efeitos fiscais.

Em segundo lugar, refiro-me aos limites específicos da Troca de Informações para efeitos fiscais. A Troca de Informações para efeitos fiscais entre os Estados só se torna possível perante um acordo legislativo prévio legitimador de tal cooperação, mas não só; a coexistência de várias legislações fiscais implica a coexistência de vários regimes jurídicos, uns mais restritos que outros, e de vários níveis relativos à proteção conferida à esfera privada do contribuinte. A assistência administrativa mútua em matéria fiscal ficará, assim, limitada, ao que é legalmente autorizado e permitido a nível nacional: por um lado, um Estado só prestará assistência se a mesma não contrariar as suas leis e práticas administrativas; por outro, um Estado só recorrerá a assistência se a mesma não contrariar as suas leis e práticas administrativas. Não obstante, os efeitos de certas limitações à troca de informações, que afetam, à priori, o sucesso de tal mecanismo, são reversíveis. Falo, por exemplo, do princípio da reciprocidade, que limita o Estado carecedor de informações que se encontram na posse de outros Estados à condição de assegurar que pode prestar, futuramente, em reciprocidade, a mesma assistência, *i.e.*, recolher e transmitir informações com a mesma natureza. A aplicação deste limite, contribui para o desenvolvimento e alargamento da cooperação internacional; um Estado que queira beneficiar de uma assistência alargada será incitado a disponibilizar uma assistência mais alargada aos outros Estados<sup>3</sup>. Enfim, a disponibilidade para a troca de informações parte, pois, inevitavelmente, das leis e das práticas administrativas dos Estados.

Tal ponto de partida, permite-nos chegar a um dos assuntos abordados neste trabalho: o combate à concorrência fiscal prejudicial. A Troca de Informações para efeitos fiscais assume-se como um compromisso de transparência fiscal e pode ser determinante para averiguar a lealdade da concorrência fiscal entre os Estados. A indisponibilidade de um Estado prestar informações às administrações fiscais estrangeiras, derivada da forte proteção conferida ao segredo bancário como forma de atrair investimento, é, como seguidamente exporemos, uma prática prejudicial da concorrência fiscal. Daqui resulta patente a importância e o efeito da vinculação efetiva à troca de informações no combate

---

<sup>3</sup> Vide página 13 do “*Relatório Explicativo relativo à Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal*”, in *Ciência e Técnica Fiscal* n.ºs 363, 364 e 365, Centro de Estudos Fiscais – Direção Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, julho de 1991 a março de 1992.

à concorrência fiscal prejudicial, pois que implica, necessariamente, uma mudança de atitude, legislativa e administrativa por parte das jurisdições.

A troca efetiva de informações para efeitos fiscais a nível internacional, enquanto mecanismo de cooperação fiscal, é importante para prossecução de uma tributação e repartição de competências tributárias, justa e igualitária; mas, em boa verdade, ele depende da amplitude do poderes conferidos pelas jurisdições às suas administrações fiscais, nomeadamente, os de acesso a informações que se encontrem na esfera privada do contribuinte. Ponderosas razões serviram de base à relativização de determinados direitos particulares que, embora importantes para o desenvolvimento económico e democrática de uma sociedade, como o sigilo bancário, são contrários aos padrões mundiais de transparência fiscal, revelam-se prejudiciais à prossecução de interesses públicos de maior valor e impedem o incremento da cooperação fiscal a nível internacional, na luta contra a elisão e evasão fiscal.

A maior prova e demonstração do processo de relativização do sigilo bancário em prol de fins fiscais, concretizou-se com o compromisso mundialmente aceite pelos Estados na implementação de um novo padrão que não se compagina com o sigilo bancário. As informações financeiras passam a poder ser cruzadas de forma automática e regular entre as administrações fiscais dos Estados. Com efeito, a tomada de tamanho passo a nível mundial, revolucionador na história do direito fiscal internacional, balizou o ponto de partida na escolha do tema do presente trabalho.

## Capítulo I – A Importância do Mecanismo da Troca de Informações para Efeitos Fiscais

### Secção I - Combate às Práticas Fiscais Prejudiciais e Justiça na Tributação

#### 1. Concorrência Fiscal Prejudicial

O fenómeno da *liberalização da economia* e a súbita *internacionalização de negócios* por todo o mundo, levaram a que os Estados começassem a ficarem envolvidos numa **atmosfera fiscal competitiva feroz**; sobretudo, quando começaram a tomar consciência do peso que, a *economia fiscal*, tem nas decisões económicas dos grandes investidores e para a atração de capital. Como refere Ana Paula Dourado *“Em concorrência, os Estados atuam segundo as regras de mercado, atraindo as empresas, o investimento em geral e os profissionais que lhes trarão mais benefícios económicos, em troca de benefícios fiscais”*<sup>4</sup>.

De facto, é indiscutível que o *“ambiente fiscal”* seja uma circundante de grande influência no crescimento e desenvolvimento económico em todo o mundo. Razão pela qual os Estados são, constantemente, advertidos, no sentido de não deixarem que os impostos obstaculizem a **liberdade económica**, isto é, não consubstanciarem um *entrave* ao circuito normal dos negócios<sup>5</sup>.

Os instrumentos internacionais concernentes à eliminação da dupla tributação internacional servem este importante propósito<sup>6</sup>. Dada a inexistência de *“harmonização”* legislativa internacional, a coexistência das várias soberanias tributárias e os múltiplos confrontos dos critérios de incidência tributária, fazem com que, na ausência daqueles instrumentos, os contribuintes que atuam num contexto internacional, vissem os seus rendimentos a serem multiplamente tributados. Também relacionado com a ideia de não obstaculizar a liberdade económica, está o princípio normativo da neutralidade fiscal, quer da exportação de capital, quer da importação de capital, como princípio orientador de uma economia eficiente. A neutralidade fiscal implica que a carga fiscal seja neutra

---

<sup>4</sup> [Dourado, A.P (2017), p. 35]

<sup>5</sup> [Dourado, A.P (2017), p. 30] *“Quer a OCDE quer a EU têm tido como missão de detetar, atenuar ou eliminar os obstáculos à atividade transfronteiriça: são exemplos de obstáculos, a dupla tributação ou as medidas discriminatórias ou restritivas à saída ou à entrada de fatores de produção.”*

<sup>6</sup> Refere Ana Paula Dourado *“(…) as normas fiscais internacionais obedecem a objetivos supranacionais que visam eliminar obstáculos ao investimento transfronteiriço.”* [Dourado, A.P (2017), página 19]

quanto à escolha do local de investimento por parte de um residente, isto é, que “(...) *um residente de um Estado pague a mesma taxa marginal de imposto independentemente do Estado onde investe*” e que “(...) *todos os investimentos num determinado país paguem a mesma taxa de imposto marginal sobre o rendimento de capital, independentemente da residência do investidor*”<sup>7</sup>.

Facto é que, como refere **Ana Paula Dourado**, “*A concorrência entre os Estados para atraírem investimento não existia na visão da OCDE (...)*”, porque “(...) *era consensual que as **convenções bilaterais serviam o propósito de eliminar a dupla tributação dos residentes investindo no exterior (...)***” e que “(...) *a exportação do capital nacional devia ser acompanhada de uma política favorável a esse investimento no exterior*”<sup>8</sup>. Assim, os métodos de eliminação da dupla tributação previstos nas convenções (por exemplo, créditos presumidos) assumiam-se como instrumentos de cooperação fiscal e, durante muito tempo, não foram vistos como meios potencialmente prejudiciais à concorrencial fiscal.

Um Estado que queira melhorar a economia do seu país, atraindo investimento estrangeiro, consegue servir-se das mais ousadas medidas legislativas<sup>9</sup>, entre elas, a redução da carga fiscal dos contribuintes. Tal redução pode consistir não só *na isenção determinado rendimento* de imposto localizado de alguma forma no território desse Estado, como colaborando na ocultação de património, permitindo que o contribuinte deposite os seus rendimentos em instituições ali localizadas, sem que para tal faça depender uma declaração de rendimentos no seu Estado de residência ou sem que seja necessário identificar-se como real beneficiários dos rendimentos.

A confidencialidade bancária afigura-se como uma vantagem influente na captação de investimento para *os centros financeiros* localizados em paraísos fiscais. Atraindo investidores que vão desde *investidores institucionais* (como multinacionais, instituições financeiras e fundos de pensões), até investidores normais da banca que recorrem a intermediários financeiros para colocarem os fundos em paraísos fiscais. Os Estados que participantes de uma concorrência fiscal prejudicial recorrem à prática de atrair capital

---

<sup>7</sup> [Dourado, A.P (2017), p. 21 e 22]

<sup>8</sup> [Dourado, A.P (2017), p. 23]

<sup>9</sup> Até a renúncia à competência tributária pode ser usada para atrair e/ou não perder investimento; por exemplo, abandonando o critério da tributação universal para as empresas residentes não deslocarem a sua sede e isentando de tributação na fonte os não residentes quanto a rendimentos de investimento ativo.

estrangeiro, à custa do sigilo bancário.<sup>10</sup> Com efeito, a atividade bancária offshore, consiste, principalmente, em captar depósitos de não residentes, dando-lhes um tratamento fiscal privilegiado. Este tratamento fiscal privilegiado reside essencialmente no facto dos juros provenientes desses depósitos estarem isentos de imposto, na legislação em vigor garantir a confidencialidade das informações bancárias dos clientes e da não imposição de declaração de rendimentos por parte do cliente a qualquer autoridade tributária. A declaração é meramente facultativa/voluntária, não constituindo um requisito prévio à criação de um fundo de investimento ou abertura de conta. Mas são vários os tipos de práticas de secretismo bancário utilizadas pela técnica de captação dos paraísos fiscais. Dissimular a identidade dos investidores, por intermédio da utilização de uma sociedade intermediária é uma delas (as conhecidas “caixas de correio”).

No âmbito da OCDE, o debate sobre a concorrência fiscal prejudicial iniciou-se em 1996, quando os Ministros dos países membros requereram que a Organização diligenciasse por proceder a um estudo aprofundado sobre medidas de combate à concorrência fiscal prejudicial. Refere Ana Paula Dourado, que esta foi a “*primeira manifestação de reconhecimento internacional*”<sup>11</sup> da existência de concorrência fiscal prejudicial, pelo menos, por parte dos paraísos fiscais e dos Estados que consagravam regimes fiscais preferenciais. Os resultados foram apresentados em 1998, quando o Comité de Assuntos Fiscais da OCDE apresentou aos Ministros um relatório denominado “*Harmful Tax Competition – An Emergencial Global Issue*”.

Especialmente vocacionado para atividades geograficamente móveis, como são as financeiras, o relatório identifica as práticas prejudiciais levadas a cabo por regimes fiscais privilegiados e paraísos fiscais, distinguindo os *dois fenómenos*, e terminado com 19 Recomendações de combate à concorrência fiscal prejudicial. Funcionando como “*Acordo de Cavalheiros*” em que vigora a **Regra dos 3 R** (*refrear, rever e remover as práticas prejudiciais*), o relatório representa para os Estados membros, um compromisso político, consubstanciado em aqueles não promoverem medidas prejudiciais ali contempladas e removerem as que hajam sido previstas nos seus ordenamentos.

No elenco de fatores chaves que servem para caracterizar **os paraísos fiscais**, a falta de legislação ou práticas administrativas que permitam trocar de informações com outros

---

<sup>10</sup> [Dourado, A.P (2017), p. 294]

<sup>11</sup>[Dourado, A.P (2017), p. 26]



Estados sobre contribuintes que beneficiam de uma tributação baixa ou até mesmo inexistente<sup>12</sup>. Refere o relatório<sup>13</sup> que os paraísos servem três finalidades principais: espaço onde só há investimentos passivos; refúgio de lucros em ‘‘papel’’ (*paper profits*); negócios e contas bancárias de contribuintes protegidos pelos escrutínios fiscais dos outros países.

No essencial, retira-se que uma jurisdição tem de ser considerada um paraíso fiscal, quando ofereça *condições não consonantes com os padrões mundiais*, para os contribuintes fugirem aos impostos do Estado de residência. Essas condições podem ser leis ou práticas administrativas que impeçam a troca de informações, designadamente, a existência de segredo comercial e bancário, e lei que permitem a abertura de contas anónimas, que proíbem as instituições financeiras dar informações sobre os investidores. A *falta de transparência* quanto ao funcionamento dessas leis e a ausência de troca de informações, não só impedem a aplicação correta da legislação fiscal nacional e internacional dos Estado, como também, acabam por promover a existência de práticas ilegais, como a evasão fiscal e branqueamento de capitais, prejudicando os restantes Estados e a economia mundial no geral.

Para os paraísos fiscais, as disposições sobre sigilo bancário servem necessariamente o propósito de atrair investimento estrangeiro. Este tipo de concorrência, designada concorrência prejudicial e danosa, é feita à margem dos tratados de dupla tributação. Enquanto que nestes últimos os estados contratantes concorrem segundo normas de incidência equitativa, buscando uma repartição justa da riqueza produzida pelos seus residentes, na concorrência prejudicial, os paraísos fiscais oferecem condições favoráveis à tributação. Estas jurisdições funcionam como verdadeiros refúgios oásis, onde estão alocadas imagináveis riquezas. Não sendo possível aos Estados localizarem o fator gerador de imposto, aquelas riquezas escapam à tributação. Podem tratar-se de paraísos fiscais, quando, para além da redução da tributação, há garantia de confidencialidade, ou podem ser só jurisdições de sigilo. É clara a desproporção entre ativos financeiros localizados nos paraísos fiscais e o mercado que aí existe.

Nos **regimes fiscais preferenciais**, a disponibilidade do Estado trocar informações com outros Estados e ausência de troca de efetiva de informações, é um critério chave para

---

<sup>12</sup> [OCDE, 1998, p. 22]

<sup>13</sup> [OCDE, 1998, p. 22]

determinar que esse regime é uma prática de concorrência fiscal prejudicial <sup>14</sup>. Se o Estado está impedido, pelas suas leis ou práticas administrativas relativas ao sigilo, transmitir informações, os outros Estados não conseguem saber se um contribuinte beneficiou do regime fiscal preferencial. Também se o Estado está impedido de recolher informações bancárias para efeitos fiscais não se torna possível detetar casos em que os contribuintes abusam dos regimes fiscais preferenciais.

Ao que ao nosso tema interessa, são as recomendações 4, 7, e 8 pois que respeitam ao domínio da transparência e da troca de informações. Em síntese, propõe-se que o mecanismo da troca de informações previsto em acordos fiscais seja suficientemente bastante para obter informações de transações internacionais que envolvam regimes preferenciais e paraísos fiscais. Com especial interesse, na recomendação 7 recomenda-se aos Estados a remoção de barreiras ao acesso a dados bancários para fins fiscais, para isso, é preciso rever as leis do segredo bancário.

Este relatório, porém, ainda não assumia a existência de concorrência fiscal prejudicial entre os Estados membros da OCDE. Prova disso era existência de vários Estados que consagravam na sua legislação uma forte proteção ao sigilo bancário, por exemplo, e que não eram alvo de combate<sup>15</sup>, como a Suíça, que só foi incluída na lista negra de paraísos fiscais em abril de 2009<sup>16</sup>.

No seio da União Europeia, o debate sobre o tema Concorrência Fiscal Prejudicial deu início no ano de 1996<sup>17</sup>, não fosse um dos pilares da União Europeia a existência de um mercado comum em que a livre concorrência não pode ser distorcida por medidas fiscais que favoreçam uns em detrimento de outros. Assim, logo a 5 de novembro de 1997, a Comissão emitira uma Comunicação ao Conselho e Parlamento, com um pacote de medidas de combate à concorrência fiscal prejudicial. Designado de ‘pacote fiscal’, e aprovado pelo Conselho da ECOFIN<sup>18</sup>, ali inclui-se o Código de Conduta no domínio da Fiscalidade das Empresas e medidas destinadas a integrar as Diretivas de poupança, dos

---

<sup>14</sup> [OCDE, 1998, p. 30]

<sup>15</sup> [Dourado, A.P (2017), p. 26] ‘Áustria, Luxemburgo e Suíça, todos com sigilo bancário não estavam na lista negra da OCDE.’

<sup>16</sup> Sendo que, em setembro de 2010, foi retirada da lista após ter renegociado mais de 12 acordos de dupla tributação que habilitavam a troca de informações

<sup>17</sup> Concretamente com a reunião dos Ministros das Finanças e da Economia de Verona Abril.

<sup>18</sup> A 1 de dezembro de 1997.

juros e royalties<sup>19</sup>. Quanto ao primeiro, o Código de Conduta, ele constitui um “compromisso de natureza política”<sup>20</sup>, aplicável apenas aos impostos diretos que recaem sobre as pessoas coletivas. A finalidade é identificar, no âmbito da tributação direta das pessoas coletivas, medidas fiscais (*leis, regulamentos e práticas administrativas*) que, potencialmente, transportem efeitos prejudiciais, para o funcionamento do sistema tributário dos (outros) Estados Membros. O compromisso assumido é, como refere Alberto Xavier<sup>21</sup>, “*desmantelar (rollback) e congelar (standstill) as medidas prejudiciais*”.

Também os auxílios de Estado podem consubstanciar uma prática de concorrencial fiscal prejudicial. As condições vantajosas concedidas pelos Estados, afetam as trocas comerciais, beneficiando investidores, à margem daquilo que são as condições normais do mercado; ou seja, o Estado concede uma vantagem financeira que o beneficiário não teria não fosse a interferência desse Estado. De acordo com o art.º 107 do TFUE, são incompatíveis com o mercado interno as medidas de auxílio que ameaçam a livre concorrência e as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Não só se exige uma ameaça atual, também importa a concorrência potencial. Assim, o regime da proibição de auxílios de Estados, na sua relação com o direito fiscal, é indissociável à prevenção da concorrência fiscal prejudicial entre os Estados Membros.<sup>22</sup>

No Aviso n.º 7/2009, do Banco de Portugal, de 1 de setembro<sup>23</sup>, é considerada jurisdição offshore “*aquela que se caracteriza por atrair um volume significativo de actividade com não residentes, em virtude, designadamente, da existência de regimes menos exigentes de obtenção de autorização para o exercício da actividade bancária e de supervisão, de regime especial de sigilo bancário, de vantagens fiscais, de legislação diferenciada para residentes/não residentes ou de facilidades de criação de veículos de finalidade especial (special purpose vehicles - SPV).*” No mesmo aviso, o Banco de Portugal caracterizou

---

<sup>19</sup> Quanto a estas últimas, a Diretiva de poupança n.º 2003/48/CE do Conselho consagra um novo regime de tributação dos juros consistente na atribuição do poder de tributar os mesmos ao Estado da Residência. Para tal, foi previsto um mecanismo de troca de informações entre os EM, obrigando os mesmos a trocar informações relativas aos juros pagos por residentes num EM a beneficiários efetivos (pessoas singulares) residentes noutro EM.

<sup>20</sup>[Xavier, A. (2016), p. 364] “(...) *uma espécie da soft law, que não afeta directamente os direitos e obrigações jurídicas dos Estados-Membros.*”

<sup>21</sup>[Xavier, A. (2016), p. 367]

<sup>22</sup> [Machado, J.E.M e Costa, P.N (2016), p. 145]

<sup>23</sup> DR 2.ª série, n.º 180, de 16 de setembro de 2009, 37.913. Pode ser consultado em <https://www.bportugal.pt/aviso/72009>

uma jurisdição offshore não cooperante ‘*aquela em que se verifiquem, por força de imperativos legais da respectiva jurisdição, obstáculos à prestação de informação ao Banco de Portugal relevante para efeitos de supervisão prudencial, nomeadamente sobre a identificação do beneficiário último de entidades mutuárias de operações de crédito («ultimate beneficial owners»).*’

Enfim, **a ausência de disposição**, que permita determinadas jurisdições trocar informações com outras jurisdições, acumulada com a previsão de regimes fortemente protetores do sigilo bancário, num ambiente de cooperação internacional em matéria tributária, é considerada, a nível internacional, uma prática de concorrência fiscal prejudicial. Refere a OCDE<sup>24</sup>, ‘*Although domestic regulations may require banks to obtain information identifying the sender and the recipient of funds transferred by wire, if the funds are sent to or from a jurisdiction that denies tax authorities access to bank information, there is no way to verify the identity of the foreign sender or recipient of the funds.*’ Razão pela qual, o novo padrão mundial em matéria de transparência fiscal, ao obrigar todas instituições financeiras, situadas nas jurisdições que queiram ser consideradas cooperantes, a revelarem os conteúdos das contas financeiras, coloca os Estados concorrentes em parâmetros iguais, onde o sigilo bancário já não pode ser usado como arma de recusa na troca de informações. Com efeito, é, também, deste modo, que a troca automática de informações financeiras, constitui hoje um dos instrumentos mais eficazes para combater o fenómeno da concorrência fiscal prejudicial entre os Estados<sup>25</sup>.

## **2. Fraude e Elisão Fiscal**

A elevada carga tributária, ou a mera existência de tributação, são fatores que influenciam bastante o funcionamento do comércio. Como refere Ana Paula Dourado, eles ‘*alteram os preços e custos dos bens, serviços e factores de produção, provocando distorções sobre a oferta e procura de bens e factores*’ [Dourado, A.P (2016) p. 268]. Razão pela qual os contribuintes tendem arranjar formas que lhes permitam aliviar a elevada carga fiscal ou escapar à cobrança de tributos mediante um planeamento fiscal.

---

<sup>24</sup> [OCDE (2000), p. 23]

<sup>25</sup> [Dourado, A.P (2017), p. 27] ‘*O reconhecimento da concorrência fiscal entre os Estados da OCDE traz novas formas de cooperação, administrativas ou procedimentais (troca de informações) e substantivas (eliminação de disparidades e cláusulas antiabuso).*’

O planeamento fiscal, segundo Saldanha Sanches [Sanches, J.S (2006) p. 21] *“consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que por ação intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais”*

Com o fenómeno da liberalização do comércio internacional, os mercados de capitais internacionais começaram a conhecer uma nova realidade, que não encontra mais obstáculos à realização das operações financeiras para lá das fronteiras. A livre circulação, em todas as suas vertentes, oferece a possibilidade do investidor aceder a territórios que apresentam alternativas apelativas ao investimento.

A redução da carga fiscal, embora prejudicando a tarefa da arrecadação de receitas, pode ser efetuada por meios legais, pois o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de forma rentável, mediante um processo de conhecimento das várias legislações tributárias a nível mundial e estruturação de um planeamento fiscal que lhe possibilite reduzir os encargos tributários<sup>26</sup>.

O êxito das operações financeiras, depende muito da confidencialidade bancária, dando, inclusive, a possibilidade de o contribuinte receber rendimentos provenientes de contas financeiras estrangeiras, sem revelar a sua identidade às instituições e sem declarar os rendimentos no seu país de residência. A própria OCDE<sup>27</sup> refere que, *“One of the ways taxpayers typically seek to protect the nature of their transactions is through the use of wire transfers to or from jurisdictions that have more restrictive access to bank information for tax purposes.”* A utilização de um centro financeiro localizado num paraíso fiscal por parte de um investidor internacional, tem por um dos objetivos primordiais, alcançar a confidencialidade das suas operações bancárias e um refúgio para a sua fortuna.

O problema coloca-se em destringer os comportamentos que, no exercício de determinada atividade económica real, reduzem os custos tributários sem deturpar as normas de

---

<sup>26</sup> Como refere Ana Paula Dourado: *“Espera-se que todo o sujeito passivo, como agente económico racional, adote atos e negócios jurídicos que reduzam ou mesmo eliminem o imposto a pagar”* [Dourado, (2016) p. 268].

<sup>27</sup> [OCDE (2000), p. 23]

determinação da matéria tributável, daqueles que, ilícitos ou não, são, artificiosa e intencionalmente, praticados com o fim exclusivo de evitar a tributação de rendimentos.

Com expõe sumariamente Marta Caldas<sup>28</sup>, os comportamentos dos contribuintes destinados a minimizar a carga tributária podem ser enquadrados em três planos [Caldas, M. (2015) p. 23]: evasão fiscal (atos *contra legem*), elisão fiscal (atos *extra legem*) e planeamento fiscal (atos *intra e secundum legem*).

Facto é que, como refere Ana Paula Dourado, *“O fenómeno do planeamento fiscal internacional (que também podemos designar de mobilidade fiscal) foi durante décadas acomodado, por ingenuidade ou talvez não, pelas instâncias internacionais que representam os Estados exportadores líquidos de capitais, tal como a OCDE, e regionais, tal como a União Europeia.”*<sup>29</sup>

Ainda dentro do conceito de planeamento fiscal, podemos encontrar um **planeamento fiscal abusivo** *“que se traduz na adoção de determinados comportamentos apenas formalmente conformes à norma fiscal e sem validade económica, que aproveitando uma imprecisão da norma fiscal conduzem a uma poupança fiscal não desejada pelo legislador fiscal.”* [Caldas, M. (2015) p. 26]

Apontando para a imprecisão do conceito de planeamento fiscal agressivo, Ana Paula Dourado, caracteriza-o como sendo um *“conceito-chapéu que pode referir-se a situações de elisão fiscal (eventualmente, até, de evasão fiscal) ou a um mero planeamento fiscal, consoante o contexto.”* [Dourado, A.P (2016) p. 288].

O contribuinte pode manipular o âmbito de incidência fiscal, de forma a que o ato ou o negócio jurídico não seja abrangido pelo imposto e ainda assim, não ser acusado de violar a lei, mas está a praticar um ato de elisão fiscal, pois que, como refere Gustavo Lopes Courinha, *“(…)embora a conduta não seja contrária à lei, o resultado obtido não é obtido(…)”* [Courinha, G.L (2009) p. 15].

Já se, o contribuinte, violando diretamente a norma, praticar atos que são considerados crimes ou contraordenações fiscais, ele pratica um ato de evasão ou fraude fiscal.

---

<sup>28</sup> Caldas, Marta (2015), *“O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal?”*, in Cadernos IDEEF n.º 18, Coimbra, Almedina.

<sup>29</sup> [Dourado, A.P (2017), p. 30]

Ambos os comportamentos causam problemas no funcionamento da sociedade, impedem que os Estados procedam a uma justa repartição de rendimentos e que sejam assegurados princípios como o da igualdade fiscal.

Quanto a estes dois tipos comportamentos a nível internacional, é preciso notar que, como refere Alberto Xavier [Xavier, A. (2016), p. 351] *‘‘A expressão elisão fiscal internacional (tax avoidance), não pode ser assimilada ao conceito de evasão fiscal (tax evasion), pois não está em causa, necessariamente, um acto ilícito pelo qual o contribuintes viola a sua obrigação tributária (...), prestando falsas declarações ou recusando-se ao seu cumprimento, mas sim a prática de actos (em princípio) lícitos(...)’’*.

Segundo a definição que é dada por Alberto Xavier, a elisão fiscal internacional trata-se de *‘‘evitar a aplicação de certa norma ou conjuntos de normas, através de atos ou conjunto de atos, que visem impedir a ocorrência do facto gerador da obrigação tributária em certa ordem jurídica (menos favorável) ou produzam a ocorrência desse facto noutra ordem jurídica (mais favorável).’’* [Xavier, A. (2016), p. 351]

Mas independentemente da consequência legal que recai sobre esse tipo de comportamentos, o que é certo é que ambos podem ser contornados mediante o mecanismo da troca de informações para efeitos fiscais, que, no sublimo da sua eficiência, permite localizar o facto gerador de imposto.

A não declaração de tais rendimentos enquanto prática de ***evasão fiscal***, pode ser eficazmente combatida com um mecanismo de troca de informações financeiras para efeitos fiscais. Mediante os registos das instituições financeiras, e a comunicação dos mesmos às autoridades competentes para efeitos de cooperação fiscal internacional, o facto gerador de imposto é localizado e o contribuinte é desmascarado.

Também no âmbito da ***elisão fiscal internacional***, a troca de informações mostra-se como uma medida adequada. Por exemplo, a residência deixou de ser elegida como o campo ideal de atuação, dada a desvantagem que o controlo exercido pelas autoridades tributárias competentes do país da residência, traz para o negócio do investidor. Assim, facilmente o investidor consegue manipular do local da residência, transferindo-a para jurisdições que oferecem regimes de constituição flexíveis e cujo o tratamento fiscal é mais favorável, escapando desta forma à norma de incidência fiscal do antigo Estado que tinha como elemento de conexão a residência. Se não houver uma atividade económica substantiva no novo local elegido, ou se a direção efetiva da sociedade não for aí,

claramente o contribuinte manipulou o elemento de conexão e praticou a elisão fiscal. Neste caso, a troca de informações entre os dois Estados envolvidos, consegue combater eficazmente a prática de elisão, averiguando-se, nomeadamente, pelos testes inerentes aos novos procedimentos de diligência devida, se é na residência indicada que o conselho de administração reúne, se é aí que são mantidos os registos contabilísticos, se é aí que procede à gestão corrente da sociedade, etc.

## **Capítulo II – O Movimento Internacional e Comunitário da Troca de Informações para Efeitos Fiscais**

### **Secção I - O Contributo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico**

#### **1. Aspetos Gerais**

A relação da OCDE com o Direito Fiscal Internacional tem evoluído de forma constante e crescente, permitindo *“a construção do edifício de tributação internacional, através da produção de estudos, recomendações, comentários, padrões de boas práticas, que constituem verdadeiro “soft law” capaz de influenciar o curso da discussão e da ação no seio dos Estados”*.<sup>30</sup>

É, com efeito, notável, o trabalho da OCDE no campo da fiscalidade, principalmente, no referente à criação de práticas idóneas a ser aplicadas e adotadas em todo o mundo, que acabam por se reconduzir aos conhecidos *“padrões mundiais”*.

O Modelo OCDE<sup>31</sup> para a celebração de Convenções Fiscais, *i.e.*, convenções com o propósito essencial de eliminar a dupla tributação jurídica internacional, tem sido o mais utilizado pelos Estados para regularem as competências tributárias relativamente a situações jurídico tributárias plurilocalizadas; sendo concebível afirmar que *“o Direito Fiscal Internacional em vigor tem sido contruído desde o pós-segunda guerra por esta organização”*.<sup>32</sup>

Enquanto espaço em que se confrontam políticas, mecanismos e soluções, a OCDE tem promovido vários mecanismos de Cooperação Internacional em matéria fiscal; todos eles

---

<sup>30</sup> [Machado, J.E.M e Costa, P.N (2016), p. 160]

<sup>31</sup> Influenciado pelos princípios do Modelo da Sociedade das Nações de 1928.

<sup>32</sup> [Dourado, A.P (2017), p. 17]



têm o propósito comum de melhorar o funcionamento coexistente dos sistemas tributários do mundo. O alvo será sempre garantir a transparência fiscal; e, diga-se, neste campo, a OCDE tem-se revelado como organização que mais se preocupa com tal princípio, sendo enormíssimo o seu esforço em analisar as estruturas típicas de evasão e fraude fiscal para depois apresentar medidas de combate.

A OCDE considera que a efetiva *troca de informações* entre os Estados consubstancia um instrumento de cooperação internacional altamente eficiente para detetar situações fraudulentas e/ou criminosas, que vão desde a fraude e evasão fiscal, o financiamento do terrorismo, o branqueamento de capitais até aos vários tipos de tráfico. E, por isso, desde a criação do *Grupo de Trabalho sobre Prevenção Fiscal e Evasão*, em 1971, que tem estado na vanguarda dos esforços internacionais para promover todas as formas de troca de informações para efeitos fiscais, - a pedido, espontânea e automática.

Criou especificamente o Fórum Global, em 2000, para auxiliar as autoridades fiscais a melhorar a sua capacidade de detetar e prevenir a evasão fiscal. Hoje, este fórum foca as suas atenções para matérias relacionadas com a transparência fiscal e intercâmbio de informações para fins fiscais. Designado por Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Fiscais, ele tem como principal função, garantir a implementação de normas internacionalmente aceites, que visam a transparência e a troca de informações na área dos impostos. Como refere Dourado, a “*sua tarefa é conseguir que o maior número de Estados da ordem jurídica internacional adote a troca de informações (...)*” [Dourado, A.P (2017)].

Mas há algo que a OCDE considera que entrava a implementação efetiva da troca de informações: o sigilo bancário. Só a remoção de tal barreira permitirá que o mecanismo produza efeitos práticos. Neste campo de atuação, o último mecanismo revolucionador, preconizado pela OCDE, foi a *Common Reporting Standard*, principal tema do presente trabalho. Mas antes deste, foram vários os instrumentos internacionais que acolheram várias formas de as administrações fiscais trocarem informações entre si, tendo sido várias as alterações aos diferentes tipos de troca de informações, inclusive, no referente a informações financeiras.

Para dotar as Administrações Fiscais dos conhecimentos necessários à efetiva cooperação administrativa internacional, na vertente da troca de informações, o Comité de Assuntos Fiscais da OCDE, aprovou um Manual sobre a Implementação das disposições sobre

Troca de Informações para Efeitos Fiscais, no dia 23 de Janeiro de 2006<sup>33</sup>. Nele vêm referidas as bases legais que os Estados podem dispor para proceder à troca de informações. Essencialmente, os Estados podem utilizar a Convenção Modelo OCDE, a Convenção conjunta do Conselho da Europa/OCDE sobre assistência mútua, as Diretivas sobre assistência mútua e demais regulamentos, outros acordos de assistência judicial internacional (como a Convenção Europeia de Assistência Mútua em Matérias Criminais, aplicação reduzida). Este Manual, é um composto por um Módulo Geral relativo a aspetos gerais e legais da troca de informações e, de seguida, pelos seguintes módulos: Módulo 1 - Troca de informações a pedido; Módulo 2 - Troca espontânea de informações; Módulo 3 - Troca automática de informações; Módulo 4 - Troca de informações em toda a indústria; Módulo 5 – Inspeções Fiscais Simultâneas; Módulo 6 - Inspeções Fiscais no Estrangeiro; Módulo 7 - Perfis dos países em matéria de troca de informações; Módulo 8 - Instrumentos e modelos para a troca de informações.

A criação de um novo padrão de intercâmbio automático de informações financeiras surge ainda de um contexto em que, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico, impulsionada pela crise económica de 2008, começa a concretizar todo um plano direccionado ao combate do fenómeno da erosão das bases tributárias e transferências de lucros, atualmente conhecido, pelo plano ***Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)***.

Neste seu plano, a OCDE inclui algumas ações que, direta ou indiretamente, acabam por estar relacionadas com o movimento da troca automática de informações financeiras, e que fazem todo o sentido de aqui serem indicadas.

No entanto, é preciso não esquecer que, como refere Ana Paula Dourado [Dourado, A.P (2017), p. 48], ‘*Ao contrário do padrão internacional de troca de informações, baseado em procedimentos comuns, o projeto BEPS dedica-se a normas de repartição de competências e a normas substantivas (normas antiabuso)*.’

De facto, quando se fala em troca de informações financeiras, estar-se-á a falar daquelas que recaem sobre toda a trajetória que envolve a transferência de capitais financeiros.

---

<sup>33</sup> OECD (2006), *Manual on the Implementation of Exchange of Information Provisions for Tax Purposes - Approved by the OECD Committee on Fiscal Affairs on 23 January 2006 – Module on General and Legal Aspects of Exchange of Information*, Paris, OCDE. Disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

Caracterizados pela sua alta facilidade de produção e mobilidade, este tipo de ativos são totalmente aptos a serem manipulados pelos contribuintes que, arditamente, os conseguem submeter à legislação fiscais de paraísos fiscais.

Tal manipulação, erosiva da base tributária do Estado onde foi criada a riqueza, pode ser concretizada pelas mais variadíssimas formas existentes. Desde os clássicos centros offshore, até ao uso abusivo das convenções destinadas à eliminação da dupla tributação, encontramos múltiplas formas que servem a tal fim, e que fracassam o poder tributário dos Estados. No fim, todos acabam por transferir a base tributável de um país com elevada carga tributária para um país mais benevolente, com baixa tributação, senão nula.

A princípio, poderá ser dito que tais práticas não estão inferidas de ilegalidades e que apenas consistem numa exploração eficiente das várias oportunidades fiscais que o mundo oferece. Principalmente quando a erosão da base tributável consiste no simples aproveitamento das lacunas tributárias resultante da interação dos vários sistemas fiscais mundiais. Nestas circunstâncias, a pedra de toque deverá residir no conceito de justiça fiscal. Práticas que podem não ser consideradas, à partida, ilegais, concorrem para a consolidação de graves situações de injustiça fiscal, pois que, os contribuintes que não ousam lançar mão de estratégias fiscais, passam a suportar, injustamente, um grande peso no pagamento de impostos.

No seu *plano BEPS*, a OCDE começa por proceder à realização de um diagnóstico sobre os principais problemas fiscais e os vários esquemas fraudulentos e abusivos, utilizados pelos contribuintes no intuito da tributação dos rendimentos ser frustrada, e num segundo momento, são apresentadas soluções de combate aquedadas a enfrentar cada tipo de esquema ou prática abusiva.

Todas as soluções estimulam a que haja uma mudança nos paradigmas dos sistemas tributários. Medidas interventivas criadas pelos Estados a nível nacional e de forma isolada, já não mais são viáveis. Antes devem ser tomadas medidas que possam ser implantadas a nível mundial, num esquema de cooperação internacional, como é o caso da troca automática de informações financeiras para efeitos fiscais.

Relacionada com o novo padrão mundial de troca automática de informações para efeitos fiscais está, por exemplo, a Ação 5. Nela, existe um propósito específico: combater eficazmente as práticas de concorrência fiscal prejudicial através do aumento da

transparência, por via da troca de informações e o favorecimento da substância económica sobre a forma jurídica.

O padrão mínimo que se exige no âmbito desta ação, para combater as práticas fiscais danosas, é a troca obrigatória de informações, entre as administrações fiscais, sobre determinados *tax rulings* emitida nas respetivas jurisdições, que possa contribuir para a evasão fiscal. Entre elas encontram-se as relativas aos Regimes Fiscais Preferenciais, Acordos sobre Preços de Transferência, conceito de Estabelecimento Permanente, e qualquer outra área em que, na ausência de informação obrigatória, possa dar lugar à erosão da base tributável.

A transferência de lucros para jurisdições com um sistema fiscal mais favorável é frequentemente levada a cabo mediante a celebração de acordos fiscais prévios com as administrações fiscais nacionais. Embora os Estados, ao celebrar tais acordos, estejam vinculados a garantir a conformidade com a legislação nacionais e internacional, tal não implica que se afaste a ideia de, ainda assim, haver falta de transparência.

Também a Ação 12 está ligada com o novo padrão mundial sobre a troca automática de informações financeiras, impondo aos contribuintes a declaração dos seus planeamentos fiscais agressivos e prevenindo a criação de arranjos/estruturas/esquemas construídos com o propósito de fugir à legislação tributária, incluindo a CRS. Aliás, como será mais abordado, em alinhamento com esta ação está a criação ‘*Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*’, de Março de 2018.

Enfim, a troca de informações será sempre relevante na implementação do plano BEPS, consubstanciando uma ferramenta fulcral ‘*para a correta utilização de regras antiabuso e para uma política legislativa que reduza disparidades e lacunas.*’ [Dourado, A.P (2017), p. 297]<sup>34</sup>.

Neste capítulo propomo-nos a olhar, de forma crítica, para esses instrumentos da autoria da OCDE, analisando principalmente a evolução sobre o sigilo bancário em cada um deles.

---

<sup>34</sup> Como refere a autora, ‘*A aplicação de regras sobre preços de transferência, de regras anti-híbridos, de limites à dedução de gastos, está dependente do conhecimento da situação fiscal no outro ou outros Estados envolvidos (onde o sujeito é residente ou obteve rendimentos).*’ [Dourado, A.P (2017), p. 297]

Mas, antes disso, como nota introdutória, procederemos a uma breve resenha histórica, sobre a posição da OCDE acerca da relação entre o sigilo bancário e o funcionamento dos sistemas fiscais.

## **2. Os Trabalhos da OCDE no combate ao Sigilo Bancário e o Padrão Mundial em Matéria de Transparência Fiscal e Troca de Informações de 2009**

A matéria do sigilo bancário nunca foi indiferente nos trabalhos da OCDE, tendo sido, logo na década de 80, especialmente abordada num relatório do Comité dos Assuntos fiscais da OCDE de 1985, intitulado de *‘Taxation and The Abuse of Bank Secrecy’*<sup>35</sup>. Já nesse relatório, em que o ambiente económico e tecnológico era muito diferente, o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE exortou às autoridades tributárias das jurisdições que previssem acesso limitado às informações bancárias, para que estas encorajassem os seus governos a atenuar a regra do segredo bancário no que respeita à recolha de informações para efeitos fiscais; pois que, negar às autoridades fiscais o acesso à informação bancária leva a consequências adversas, tanto a nível nacional e como a nível internacional.

A nível interno<sup>36</sup>, o não acesso impede a capacidade das autoridades tributárias em determinar e cobrar o valor correto/justo do imposto. Paralelamente, também pode fomentar desigualdades fiscais entre os contribuintes já que alguns deles faram uso dos seus recursos financeiros e tecnológicos para conseguirem escapar ao pagamento dos impostos legalmente devidos, por meio de instituições financeiras localizadas em jurisdições que protegem a divulgação das informações bancárias contra as autoridades fiscais. Tal cenário deturpa o funcionamento da distribuição da carga tributária e a justiça do sistema tributário. A desigualdade também será verificada entre os próprios tipos de rendimentos, pois que a falta de acesso a informações bancárias para fins tributários pode levar a que alguns tipos de rendimentos (capital móvel) consigam escapar a toda a tributação, contrariamente a outros rendimentos (de trabalho e de bens imóveis) que não usufruem da mesma mobilidade. Por fim, e ainda nível interno, a OCDE refere que a falta de acesso a informações bancárias pode aumentar os custos da administração fiscal e os custos de conformidade para os contribuintes.

---

<sup>35</sup> OCDE (1987), *‘International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies’*, Paris, OCDE.

<sup>36</sup> [OCDE (2000), p. 9]

A nível internacional<sup>37</sup>, refere a OCDE que *a falta de acesso a informações bancárias* para fins tributários ***obstaculiza a cooperação tributária internacional*** ao restringir a capacidade das autoridades tributárias em auxiliar os Estados parceiros das convenções tributárias. Além disso, pode distorcer os fluxos financeiros e de capital, direcionando-os para países que restringem o acesso das autoridades fiscais às informações bancárias.

Atentas a estas consequências, o Comité apelou ao uso recorrente dos instrumentos de troca de informações para obterem os dados bancários, sugerindo três posturas a adotar<sup>38</sup>: 1) adotar uma visão que a troca de informações de dados bancários não levanta problemas especiais, 2) proceder a uma troca de informações até ao limite permitido pelo art.º 26 do MCOCDE, 3) fornecer informações a jurisdições parceiras de forma unilateral em circunstâncias apropriadas.

Também em 1998, no relatório sobre a ‘***Concorrência Fiscal Prejudicial***’<sup>39</sup>, no que respeita ao problema da opacidade dos paraísos fiscais, ficou clara a ideia de que estes territórios, para além de terem impostos “meramente nominais”, são caracterizados por um sistema que dá primazia à confidencialidade bancária e em que não há transparência fiscal. De forma a assegurar a posição do contribuinte investidor, são antecipadas leis que obstam a troca de informações para efeitos fiscais, entre elas, as que não permitem derrogar o sigilo bancário por razão alguma. Tal prática é considerada prejudicial e destorce a livre concorrência entre os Estados.

Face a este cenário, no mesmo ano, no âmbito de trabalhos do grupo antifraude, foram realizados diversos inquéritos aos Estados membros da OCDE sobre a posição assumida por cada um deles relativamente ao acesso a dados bancários e o sigilo bancário. Para a OCDE poder trabalhar nesta área, seria crucial proceder a um diagnóstico sobre a situação normativa do segredo bancário dos países membros, para assim estabelecer um quadro comum na orientação desta matéria.

---

<sup>37</sup> [OCDE (2000), p. 9]

<sup>38</sup> [OCDE (2000), p. 10]

<sup>39</sup> OECD (1998), *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>

Os resultados demonstraram a vasta existência de jurisdições que não permitiam na sua legislação o acesso a dados bancários por parte das autoridades fiscais. Consequentemente, em 2000, sob o título ‘*Melhorando o Acesso às Informações Bancárias para Propósitos Fiscais*’ (Improving Access to Bank Information for Tax Purpose), o Comité dos Assuntos Fiscais apresentou um relatório essencialmente destinado à **troca de informações de dados bancários**, na **modalidade de troca a pedido**, sob **um caso e um contribuinte em concreto**<sup>40</sup>.

A OCDE começa por reconhecer a importância que a confidencialidade bancária tem, especialmente, na relação estabelecida entre o titular da conta e os Bancos: ‘*Bank secrecy is also a fundamental requirement of any sound banking system*’<sup>41</sup>. Não se trata só de proteger o exercício do direito à privacidade, mas também de contribuir para o bem-estar comercial e financeiro<sup>42</sup>. Contudo, afirma que a Administração Fiscal não é um terceiro qualquer, pois que lhe cabe verificar o cumprimento de muitas leis e regulamentos. Ao não ser permitido o acesso aos registos e transações financeiras, está-se a contribuir para que os contribuintes ocultem atividades ilegais e que evitem o cumprimento da lei<sup>43</sup>.

A OCDE reconhece estar presente uma nova era de transações financeiras sem fronteiras, em que o sistema bancário internacional está prontamente acessível a um conjunto vasto de contribuintes<sup>44</sup>. Se por um lado este fenómeno dá novas oportunidades de desenvolvimento económico a nível internacional, por outro, ele trás novos desafios para as administrações fiscais, pois é de esperar que haja um aproveitamento do facto de estas não terem acesso às informações bancárias.

No próprio Prefácio do relatório foram identificados os seus dois objetivos<sup>45</sup>:

***‘The main aims of the Report are to:***

---

<sup>40</sup> OECD (2000), *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2497487.pdf>

<sup>41</sup> [OCDE (2000), p. 19]

<sup>42</sup> [OCDE (2000), p. 7]

<sup>43</sup> [OCDE, (2000), p. 20]

<sup>44</sup> ‘*Once most of the non-tax barriers to the integration of financial and capital markets had been removed, individuals and legal entities gained access, at little or no cost, to banking systems around the globe through which to conduct both legitimate and illegitimate transactions*’ [OCDE (2000) p. 23]

<sup>45</sup> [OCDE (2000), p.3]

- *describe the current positions of Member countries as to access to bank information;*
- *suggest measures to improve access to bank information for tax purposes.’’*

Das pesquisas efetuadas sobre as práticas das jurisdições em matéria de acesso a informações bancárias, resultou que todos os países da OCDE protegem de alguma forma a confidencialidade dos dados mantidos pelas Instituições Financeiras, seja através de normas explícitas, seja através de práticas administrativas ou consuetudinárias amparadas pelo direito à privacidade e liberdade de não divulgação, seja por um dever decorrente da relação contratual bancária<sup>46</sup>. Mas, visão geral, os países membros permitem o acesso a informações bancárias para fins processuais civil ou criminais *não fiscais*. A OCDE confirmou no relatório que todos os países membros, exceto a Coreia e os Países Baixos, tomaram medidas de atenuação ao segredo bancário para combater o branqueamento de capitais; relativamente a fins fiscais, a OCDE refere que mais de metade dos países membros que implementaram as preditas medidas, têm acesso a essas informações para fins administração tributária, por meio de uma exceção à regra geral que estabelece a confidencialidade das informações financeiras.

No entanto, existem alguns impedimentos para o acesso efetivo, porque alguns países só permitem o *acesso a nível interno* e não para troca de informações com outros Estados, seja porque exigem haver um interesse nacional para a troca, seja pelo facto de não haver reciprocidade

A orientação da OCDE foi no sentido de os Estados relativizarem a questão do sigilo bancário, principalmente, quando as regras da confidencialidade bancária sejam suscetíveis de permitir a sua utilização para ocultar ou deturpar rendimentos.

Neste relatório, ficou estabelecido o seguinte **padrão ideal**: todos os países membros devem **permitir o acesso às informações bancárias, direta ou indiretamente, para fins tributários, para que as autoridades tributárias pudessem cumprir verdadeiramente as**

---

<sup>46</sup> [OCDE (2000), p. 33]



suas responsabilidades de arrecadação de receitas e procederem à troca de informações com as jurisdições parceiras dos tratados.

Para cumprimento desse ideal, dentro das *medidas propostas* no relatório, podemos resumidamente identificar as seguintes: **proibição de contas anônimas; identificação pelas instituições financeiras** das práticas usuais estabelecidas com os clientes; identificação pelas instituições financeiras das pessoas com conta bancária aberta ou da realização de determinadas transações; **revisão** de qualquer exigência interna que impeça as autoridades fiscais colher informações para trocar com estados contratantes, no âmbito de um pedido específico; **reexaminar políticas e práticas** que não permitam às autoridades fiscais ter acesso a informações bancárias, diretamente ou indiretamente, a fim de trocarem tais informações quando estejam em causa casos suscetíveis de serem sujeitos a processos fiscais; melhorar a viabilidade e capacidade dos **sistemas de informação**; examinar estratégias de oportunidade para os contribuintes faltosos terem uma última chance de declararem as fortunas depositadas em jurisdições de sigilo bancário restrito, de forma voluntária; incentivar países não membros a melhorar o acesso aos bancos informações para todos os efeitos fiscais. Em complemento a todas estas medidas, e para que elas se tornem efetivas, o Comité adverte as jurisdições para, se necessário, introduzirem as devidas alterações às leis, regulamentos e práticas administrativas.

Após ter acompanhado de perto os progressos realizados na implementação do relatório de 2000, o Comité dos Assuntos Fiscais decidiu proceder a uma revisão formal do relatório no ano de 2003: ***‘Improving Access to Bank Information for Tax Purposes: The 2003 Progress Report’***. A comissão começa por descrever o progresso das medidas adotadas pelos Estados membros em consonância com as recomendações do relatório de 2000, e acaba por referir as áreas onde o progresso ainda precisa de ser feito. Visão geral, reconhece a existência de grandes avanços dos países no sentido de haver um maior núcleo de informações consideradas imprescindíveis para levar a cabo a assistência mútua entre as administrações. Os países da América Latina começaram a adotar o modelo CIAT para a troca de informações.

Mas a verdadeira tendência internacional para a transparência fiscal internacional, que levou o fortalecimento do Fórum de transparência e troca de informações tributárias, recrudescer a partir da crise financeira internacional de 2007.

A regulação bancária internacional em cada jurisdição, o controlo de fluxos de capitais irregulares foram as principais providências que o G20 se concentrou, pois, a ocorrência de operações sem visibilidade, comprometem o controlo governamental e a prevenção de crises.

Neste contexto de grande recessão que atingiu a maioria dos países desenvolvidos, realizara-se a segunda reunião do G20 em Abril de 2009. Conscientes da influência negativa que as práticas de concorrência fiscal prejudicial traziam as suas economias e da necessidade de os governos protegerem as suas bases tributárias de situações fraudulentas, o G20 concordou em combater as jurisdições que não fornecessem informações sobre esquemas de fugas aos impostos; *‘a luta contra os paraísos fiscais passou a ser tratada por um padrão internacional de transparência e de troca de informações’*<sup>47</sup>.

Dos temas em discussão relevantes para o tema constam: a necessidade de uma maior transparência nas operações económicas internacionais, mediante a implementação de mecanismos de cooperação internacional e de troca de informações; flexibilização das legislações das jurisdições não cooperantes em matéria de sigilo bancário; coação sobre os paraísos fiscais que encubram situações fraudulentas e criminosas.

A reunião do G20 de abril de 2009, teve por referência o último relatório sobre *Tax Co-operation: Towards a Level Playing*<sup>48</sup> de 2008, que procedeu a um explanatório das práticas legais e administrativas de cerca de 83 jurisdições em matéria de transparência fiscal e troca de informações desde 1 de janeiro de 2008. Este relatório, preparado pelo Fórum Global, tem, mais uma vez, por objetivo, o de reunir condições necessárias para a implementação de altos padrões de transparência fiscal e concorrência fiscal equitativa. Ele serve para compilar os progressos comparativos das jurisdições, essencialmente, sobre os seguintes blocos: as leis e acordos das jurisdições que permitem a troca de informações; o acesso a informações bancárias para efeitos fiscais nas jurisdições; acesso a informações sobre propriedade, identidades e contabilidade; e disponibilidade destas últimas informações em relação às empresas.

---

<sup>47</sup> [Dourado, A.P (2017), p. 32]

<sup>48</sup> OECD (2008), *Tax Co-operation 2008: Towards a Level Playing*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264039261-en>

Com base no predito relatório, na conclusão da cúpula do G20 em Londres, o secretariado da OCDE repartiu as jurisdições em três grupos no que toca à implementação do padrão internacionalmente acordado<sup>49</sup>: **1)** as jurisdições que implementam substancialmente o padrão; **2)** as jurisdições que se comprometeram a, mas que ainda não implementaram; **3)** e as jurisdições que não se comprometeram a implementar.

Em 2009, a OCDE declarou oficialmente o fim dos paraísos fiscais, passando a abordar tais territórios como *‘não cooperantes’*. Recorde-se que, como refere Paula Dourado [Dourado, A.P (2017), p. 26] *‘até 2009, a concorrência fiscal de entre os Estados da OCDE não era assumida’*. A *‘Áustria, Luxemburgo, Suíça, por exemplo, todos com sigilo bancário, não estavam na lista negra da OCDE’*.

Assim, foi a partir de 2009 que o Fórum Global, reestruturado na reunião realizada no México, passou a trabalhar no padrão mundial para a troca de informações de forma inclusiva, isto é, não só os paraísos fiscais eram chamados a cooperar, mas também os Estado membros da OCDE que tinham em vigor o sigilo bancário, começaram a ser alertados sobre o efeito prejudicial do instituto e a ser convidados a rever o mecanismo da troca de informações. Este padrão *‘é estabelecido politicamente pelo G20, e a sua densificação jurídica cabe à OCDE e ao Fórum Global’*<sup>50</sup>.

As jurisdições do Fórum Global comprometeram-se a adotar como **padrão** internacional, **a troca de informações a pedido**, em caso de relevância previsível para efeitos fiscais, sendo que, o sigilo bancário já não podia servir de argumento de recusa à troca de informações

A avaliação dos Estados na implementação deste standard é feita mediante o procedimento **peer review**, um dos principais métodos de trabalho da OCDE quando se trata de implementar padrões e reformular políticas. Ensina-nos Fabrizio Pagani que o procedimento **peer review** é um exame sistemático, de avaliação recíproca, em que o desempenho de um Estado está sujeito a avaliação por parte de outros Estados parceiros [PAGANI, F. (2002), p. 4].

---

<sup>49</sup> OCDE (2009), *‘Countering Offshore Tax Evasion: Some Questions and Answers’*, OECD, Paris, <https://www.oecd.org/ctp/harmful/42469606.pdf>

<sup>50</sup> [Dourado, A.P (2017), p. 32]

Relativamente ao *peer review* no âmbito da implementação efetiva do padrão mundial da troca de informações a pedido<sup>51</sup>, a metodologia é organizada em duas fases, tendo o Fórum Global determinado como referências de implementação dez componentes essenciais que, por sua vez, estão divididos em três partes: **1)** a disponibilidade da informação; **2)** o acesso à informação; **3)** a troca de informações. Na primeira fase, os Estados são avaliados quanto à implementação legislativa e regulamentar do standard, mediante a análise de três critérios: a disponibilidade das informações ‘relevantes’, os poderes de acesso e obtenção de informações conferidos à Autoridade Tributária. Na segunda fase, é avaliada a implementação prática do padrão.

Com efeito, o Fórum Global, periodicamente, elabora uma espécie de teste, sobre o cumprimento das regras de transparência fiscal e de troca de informações, em que só deixam de ser considerados não cooperantes, os Estados aprovados. O Estado seria considerado cooperante, quando procedesse a uma *implementação substancial* da troca de informações a pedido. Duas eram as formas de implementação: assinatura de acordos ou aprovação de mecanismos unilaterais. Ambas teriam de conseguir, pelo menos, um resultado: troca efetiva de informações, de acordo com o padrão internacional, com pelo menos 12 países.

A indistinção dos Estados com quem tivessem sido celebrados tais acordos, acabava por fracassar uma implementação considerada eficiente<sup>52</sup>. Razão pela qual, ao critério foi acrescentado o requisito da troca de informações ter sido realizada com parceiros relevantes. De acordo com o Fórum Global, os parceiros relevantes são aqueles que se mostram efetivamente interessados em trocar informações como uma prática recorrente e necessária a aplicar as leis fiscais de forma adequada. Assim, a assinatura de 12 acordos tem de ter em conta: as jurisdições com as quais os acordos são celebrados; a vontade de continuarem a celebrar acordos mesmo depois de atingir os 12; e os efeitos da implementação<sup>53</sup>.

A iniciativa lidera pelo G20 mudou então, drasticamente, o ambiente no qual as administrações fiscais operaram. No relatório intitulado de ‘*The Era of Bank Secrecy is*

---

<sup>51</sup> OECD (2010), *Implementing the Tax Transparency Standards: A Handbook for Assessors and Jurisdictions*, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264088016-en>

<sup>52</sup> [Dourado, A.P, 2016]

<sup>53</sup> [OCDE (2009b), p. 10]

*Over*” de 11 de outubro de 2011<sup>54</sup>, onde são divulgados os resultados do impacto da iniciativa do G20, a OCDE afirma [OCDE, (2011), p. 4]: *“The veil of secrecy, including bank secrecy, has been pierced. Tax administrations are now better equipped to deal with corporate vehicles, trusts, foundations and shell companies and with aggressive tax planning. They are moving beyond just exchanging information to exchanging real intelligence on schemes and trends in evasion and aggressive tax planning.”*

As razões que motivaram a OCDE na defesa do acesso às informações bancárias, evoluíram não só aspetos de eficiência e justiça nos sistemas nacionais, mas também questões relativas à distorção do fluxo de capital, quando este é direcionada a países que restringem o acesso. Quanto ao primeiro aspeto fala-se nas *desigualdades tributárias* entre os contribuintes, principalmente motivadas por aqueles que usam recursos tecnológicos e financeiros para subtraírem-se à tributação no seu país de residência. Quanto ao segundo refere-se que a falta de acesso a essas informações obstrui uma cooperação internacional eficaz entre países, distorcendo a distribuição do ónus tributário.

Com a reunião realizada no México, em junho de 2012, os membros do fórum aceitaram sujeitar-se a um processo de *avaliação detalhada* na aplicação do standard. Mesmo os não membros da OCDE passaram a ter uma participação igualitária no Fórum, que passou a ser constituído por dois grupos: o grupo direito (*sterring group*) e o grupo da revisão por pares (*peer review group*). Este último fará periodicamente a revisão das legislações das jurisdições participantes para verificar se seguem os standards das jurisdições cooperativas. O fórum formula relatórios em que expõe o processo da revisão e atualiza o progresso da implementação.

Aqui começou a viragem, como refere Ana Paula Dourado, se *“em 2009, foi declarado como padrão internacional a troca de informações a pedido, em caso de relevância previsível e proibição de pesca de dados (fishing expeditions). Em abril de 2013 o padrão internacional passou a ser a troca automática de informações”*<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> OCDE (2011), *The Era of Bank Secrecy is Over: the G20/OECD Progress is Delivering Results*, OCDE, Paris. Disponível em <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48996146.pdf>

<sup>55</sup> [Dourado, A.P (2017), p. 32 e 33]

### **3. A Troca de Informações na Convenção Multilateral Conselho da Europa/OCDE sobre a Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal**

Desde 25 de Janeiro de 1988, que os Estados podem aderir a uma convenção conjunta do Conselho da Europa e da OCDE para a Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal, desenvolvida no âmbito do Conselho da Europa, mas baseada num projeto inicial elaborado pelo Comité de Assuntos Fiscais da OCDE.

Cientes da existência de um nível elevado de cooperação, levado a cabo por múltiplos instrumentos bilaterais, a criação da Convenção foi motivada pela necessidade de desenvolver um novo instrumento, multilateral, que levasse à participação internacional de um grande número de Estados, num esquema de cooperação uniformizado.

Este instrumento prevê todas as formas possíveis de cooperação administrativa entre os Estados em matéria de determinação e cobrança de impostos e também prevê regras de assistência judicial de carácter não penal. Dado à sua funcionalidade complementar face à vigência de convenções destinadas a regular a dupla tributação, a convenção pode ser utilizada por Estados aderentes à mesma, ainda que entre os mesmos não haja convenção sobre dupla tributação.

Inicialmente a convenção estava aberta só à assinatura dos Estados-Membros das Organizações internacionais envolvidas na criação da convenção, ou seja, o Conselho da Europa e a OCDE. De acordo com o relatório explicativo de 1992<sup>56</sup>, a escolha estava fundamentada no facto de *“A cooperação entre estes Estados é facilitada pelo facto de possuírem sistemas jurídicos inspirados em princípios de direito gerais idênticos, bem como economias interdependentes.”* [OCDE/Conselho da Europa (1992) p. 12]

Porém, com a revisão feita em pelo Protocolo de 2010, os Estados não-Membros do Conselho da Europa ou da OCDE têm a possibilidade de assinar a convenção assim revista, dando assim resposta ao solicitado pelo G20 na Cimeira de Londres de 2009 quanto ao alargamento da convenção aos países em desenvolvimento.

---

<sup>56</sup> OCDE/Conselho da Europa (1992), *“Relatório Explicativo relativo à Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal”*, in Ciência e Técnica Fiscal n. ºs 363, 364 e 365, Centro de Estudos Fiscais – Direção Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, julho de 1991 a março de 1992.

O Protocolo de 2010 está aberto para assinatura desde o dia 27 de maio de 2010. No entanto, é importante frisar que a adesão, mediante assinatura, por Estados não membros, é objeto de apreciação e decisão dos Estados partes da Convenção.

A Revisão dada pelo Protocolo 2010 serviu não só para abrir a assinatura a Estados não membros do Conselho da Europa e da OCDE, como também para alinhar a convenção à norma internacionalmente acordada sobre transparência e troca de informações. Estamos a falar da norma incluída no art.º 26 da Convenção Modelo OCDE. Por isso, ficou acordado que as normas da Convenção que seguem as disposições correspondentes ao MCOCDE ficam sujeitas ao mesmo teor interpretativo constante dos comentários ao MCOCDE.

A convenção prevê essencialmente *três formas de assistência administrativa em matéria fiscal*: a) a troca de informações (a pedido art.º 5, automática art.º 6, espontânea art.º 7, controlos fiscais simultâneos art.º 8 e o controlo fiscal no estrangeiro art.º 9); b) a assistência em matéria de cobrança na secção II; e c) a notificação de documentos na secção III. No âmbito das mesmas, os Estados estão livres para utilizar as técnicas que considerem mais adequadas para obter o efeito pretendido pela Convenção. Para além disso, os Estados que não estiverem aptos a facultar informações sob via de algum tipo de mecanismo, por questões de ordem constitucional ou outra, poderão e deverão formular reserva nesse sentido.

A Convenção expressa que os Estados não estão restringidos a trocar informações sob os métodos acima identificados. Podem os Estados decidir que a troca de poderá efetuar de outro modo. Esta circunstância poderá levantar problemas quanto à identificação do tipo de troca, podendo nalguns casos os elementos que contribuem para a diferenciação dos vários métodos de trocar informações tornarem-se vagos. No Relatório de 1998 explicativo da Convenção [OCDE/Conselho da Europa (1992) p. 26], dá-se o exemplo de *“quando as autoridades competentes acordam no envio de todas as informações de determinado tipo, suscetíveis de serem detetadas por ocasião de verificações fiscais, ou no caso de um volume considerável de informações ser enviado a um outro Estado, sem acordo prévio, por uma autoridade competente”*.

Refere o art.º 1 n.º 3 da Convenção Multilateral Conselho da Europa/OCDE, que as partes prestarão assistência administrativa, quer a pessoa em causa seja residente ou nacional de uma Parte, ou de outro Estado. Assim, fazendo uma comparação tal como prevê o art.º

26 da Convenção Modelo OCDE, tenta-se que assistência administrativa não esteja restringida pelo local de residência ou pela nacionalidade do contribuinte ou das demais pessoas em causa<sup>57</sup>. Não obstante, a pessoa sobre a qual a assistência é promovida terá de, naturalmente, estar sujeita a imposto no Estado requerente. A não ser assim, não se deslumbram razões pelas quais é necessária a assistência em matéria fiscal.

Sem prejuízo dos restantes impostos, esta Convenção aplica-se, obrigatoriamente, aos impostos previstos na alínea a) do art.º 2 nº1, que são: impostos sobre o rendimento ou lucros, impostos sobre mais-valias, que incidem separadamente do imposto sobre o rendimento ou lucros e impostos sobre o património. O que quer dizer que, **relativamente a estes impostos, todos os Estados participantes ficam obrigados a aplicar a Convenção**, não podendo formular reservas quanto à aplicação da Convenção sobre os mesmos. A particularidade é que todos eles são cobrados a nível da administração central do Estado e considerados como sendo os mais importantes pelos sistemas fiscais em geral. Razão pela qual, são os que também melhor servem à função da assistência mútua internacional. Para além de impostos, abrange as contribuições para a segurança social

Prevê-se na convenção que as administrações fiscais só poderão cooperar quando isso implique tomar medidas compatíveis com a sua legislação interna e, também, com as garantias dos contribuintes com elas conexas. Contudo, a legislação interna do Estado requerido, não pode ser instrumentalizada para prejudicar o efeito pretendido pela convenção. Não devem os Estados que adiram à convenção, obstar a que haja uma assistência efetiva.

Há três princípios básicos em que a convenção assenta: equivalência, reciprocidade e subsidiariedade. Assim, e respetivamente, a assistência oferecida pelo Estado requerido tem de ser possível de ser obtida pelo Estado requerente no âmbito de procedimentos nacionais; o Estado requerente só pode requerer informação que lhe seja possível fornecer no futuro ao Estado requerido; e o Estado requerente tem de esgotar os meios nacionais

A Convenção prevê, no art.º 4 nº1, que *“as Partes trocarão as informações previsivelmente relevantes para a administração e execução da legislação interna*

---

<sup>57</sup> Ao contrário de muitos tratados multilaterais (Pacto Andino de 16 de Novembro de 1971, aplicável aos países da América do Sul na vertente do Pacífico e Convenção Fiscal Nórdica de 22 de Março de 1983, entre os países nórdicos) em que existe uma estricção geográfica, a Convenção do Conselho da Europa/OCDE não é limitada geograficamente.



*relativa aos impostos abrangidos pela presente Convenção*'''. Tal como o art.º 26 da CMOCDE, este artigo incorpora a obrigação da informação ser previsivelmente relevante para a correta administração, aplicação e execução das legislações nacionais relativas aos impostos abrangidos pela Convenção. Não obstante, a obrigação do previsivelmente relevante comporta duas vertentes, **a vertente positiva** de assegurar uma troca de informações em matéria fiscal o mais ampla possível e, uma **vertente negativa**, de não ser permitida uma troca arbitrária sem qualquer conexão ou relevância fiscal.

A troca de informações a pedido vem prevista no art.º 5 da Convenção; refere o relatório explicativo de 2011 <sup>58</sup> [OCDE/Conselho da Europa (2011) p. 10] que as informações trocadas sob este método são destinadas a averiguar um caso específico, indicado pelo Estado requerente no pedido. O pedido é geralmente feito por escrito, no entanto, aceita-se que seja feito oralmente e confirmado por escrito posteriormente. O anexo B à Convenção indica as autoridades competentes a quem o pedido deve ser dirigido. Não obstante, o art.º 24, n.º 1 permite que seja autorizada uma pessoa para atuar em nome da autoridade competente; alerta o relatório que isto pode acontecer, por exemplo, para casos em que a troca de informações destine-se a combater a elisão e evasão fiscal numa área especial, em que é nomeado um representante especificamente para tratar essa área. Segundo o art.º 22, n.º 4, as informações que o Estado requerente receba do Estado requerido podem ser transmitidas a um terceiro Estado se a autoridade competente do Estado requerido autorizar em momento prévio.

O art.º 6 prevê a troca automática de informações referidas no art.º 4, relativamente a determinadas categorias de casos e de acordo com os procedimentos que os Estados estabeleçam de comum acordo. Refere o relatório, que este método diz respeito a informações volumosas, geralmente disponíveis periodicamente no sistema de informação do Estado da Fonte e que, embora relativas a vários casos concretos, dizem respeito à mesma categoria de rendimentos. Por se tratar de volumes de informações, a troca de informações automática requer um acordo prévio em que as autoridades competentes estipulam o procedimento a adotar<sup>59</sup>; também a fim de minimizar os custos,

---

<sup>58</sup> OCDE/Conselho da Europa (2011), *Text of the Revised Explanatory Report to the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters as Amended by the Protocol*, Paris, OCDE. Disponível em: [http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Explanatory\\_Report\\_ENG\\_%2015\\_04\\_2010.pdf](http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Explanatory_Report_ENG_%2015_04_2010.pdf)

<sup>59</sup> OCDE (2001), *Recommendation of the Council on the use of the OECD Model Memorandum of Understanding on Automatic Exchange of Information for Tax Purposes* C(2001)28/FINAL, Paris,

o relatório recomenda que a troca automática fique limitada a informações que, em quantidade e qualidade, sejam realmente necessárias ao trabalho das administrações fiscais, e adequadas aos respetivos sistemas administrativos internos [OCDE/Conselho da Europa (2011) p. 11].

Portugal aderiu à Convenção já alterada pelo Protocolo, mediante assinatura realizada a 27 de maio de 2010 na Reunião Anual dos Ministros dos Estados da OCDE, em Paris. Tal Convenção foi aprovada pela Resolução da AR nº 80/2014 de 8 de julho de 2014 e entrou em vigor a 1 de março de 2015.

#### **4. A Troca de Informações no Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património, da OCDE**

Elaborado pela OCDE em 1963, o Modelo de Convenção Fiscal da OCDE reúne um conjunto de disposições destinadas a regular a partilha de competências tributárias dos Estados Contratantes. Embora revestindo *natureza jurídica* de mera recomendação<sup>60</sup>, a sua criação, teve por principal objetivo, a uniformização do *processo de supressão da dupla tributação internacional*. Assim, enquanto convenção-tipo, limita-se a traçar um modelo, cujas linhas mestras, podem e devem ser consideradas pelos Estados na elaboração das suas convenções contra a dupla tributação. Como refere Tiago Fraga<sup>61</sup> “*A existência da Convenção Modelo da OCDE fundamenta-se na necessidade de facilitar negociações bilaterais e tornar possível uma certa harmonização das Convenções Fiscais para benefício dos contribuintes e das Administrações Fiscais.*”

Para além de conter normas que determinam a competência tributária dos Estados em presença (*segundo Alberto Xavier, são as designadas Normas de Colisão ou Reconhecimento de competência* [Xavier, A. (2016) p. 603]), a CMOCDE prevê normas que limitam o exercício das **competências concorrentes**, designadas, pelo mesmo autor, Normas de Atenuação ou de Limitação de competências<sup>62</sup>.

---

OCDE. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(2001\)28/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(2001)28/FINAL&docLanguage=En)

<sup>60</sup> [Xavier, A. (2016), p. 99]

<sup>61</sup> [Fraga, F. (2011), p. 24]

<sup>62</sup> Nesta convenção, a tributação da maioria das categorias de rendimentos, obedece a um esquema comum: numa primeira etapa atribui-se competência exclusiva a um dos Estados, e, posteriormente, admite-se um conjunto de exceções que permite ao outro Estado tributar, em regime de competência cumulativa.

Embora a eliminação da dupla tributação jurídica internacional seja o principal objeto de regulação desta convenção-tipo, os Estados têm a possibilidade de integrar uma **cláusula de intercâmbio de informações**, tendente à assistência administrativa mútua internacional em matéria fiscal, pois que, *‘uma vez estabelecida a solução quanto à repartição do poder de tributar, encontrar as regras que proporcionam a troca de informações necessária para a boa aplicação dessa solução, torna-se necessário’*<sup>63</sup>.

De facto, o funcionamento das normas convencionais, cujo objetivo final será atribuir competência tributária ou ao Estado da Fonte, ou ao Estado da Residência, torna imprescindível que os mesmos troquem informações relevantes à verificação dessa competência. Assim, foi primordialmente no sentido de assegurar a correta aplicação das normas previstas na convenção, que se previu a cláusula do art.º 26 de intercâmbio de informações.

Não obstante, a troca de informações também serve para os Estados aplicarem corretamente a sua legislação nacional, tendo, inclusive, a revisão de 1977 do Modelo Convenção introduzido a possibilidade de haver troca de informações, com o objetivo *exclusivo*, de os Estados aplicarem corretamente a legislação nacional, mesmo não estando em causa a aplicação da convenção.

Assim, a cláusula baseada neste artigo, poderá ter um alcance mais restrito ou mais amplo<sup>64</sup>, consoante os Estados contraentes utilizem-na só para a aplicação das normas da própria da Convenção, ou também para uma correta aplicação da sua legislação fiscal interna. De qualquer modo, estabelece o n.º 1 do art.º 26 da CMOCDE, que âmbito objetivo e subjetivo da cláusula, não coincide com os estabelecidos nos primeiros artigos do Modelo de Convenção: nem as informações que podem ser trocadas, nem os sujeitos sobre os quais as informações recaem, estão restringidos ao art.º 1 e 2.º do Modelo. Isto significa que, por exemplo, as informações podem ser trocadas a respeito de um residente de um Estado terceiro à convenção, e para proceder à administração de um imposto não referido no art.º 2 da convenção<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> [Pires, R.C (2011), p. 487]

<sup>64</sup> [Fraga, T. (2011) p. 26] *‘‘Ou seja, a troca de informações será restrita quando a informação obtida se destinar apenas à aplicação da respectiva convenção e será ampla quando for necessária para a aplicação da legislação interna do Estado requisitante e nenhuma disposição do tratado se aplique a esse caso.’’*

<sup>65</sup> Até 2000 a troca de informações só era permitida relativamente a impostos abrangidos especificamente pela CMOCDE.

Importa também referir, que o art.º 26 da CMOCDE, é considerado como padrão mundial para a troca de informações, de base bilateral, referindo a OCDE, no relatório ‘*Tax Co-operation 2009: Towards a Level Playing Field*’<sup>66</sup>, que todos os Estados da OCDE aceitam-no nas suas convenções fiscais. Como foi referido no presente trabalho, antes do atual paradigma da troca de informações financeiras automática, o padrão estabelecido pela OCDE, e aceite pelos Estados, era a troca de informações a pedido, em caso de relevância previsível, e mesmo que tais informações se encontrassem na posse de Instituições Financeiras. A revisão de 2008 efetuada ao art.º 26 da CMOCDE, conformou o teor da cláusula, a fim de a coincidir com o padrão mundial. Para o efeito, os números 4 e 5 foram aditados; sendo que, este último, passou a vedar aos Estados contratantes, a possibilidade de recusarem-se a fornecer informações cobertas pelo sigilo bancário; aliás, os comentários dirigidos ao n.º 5 do art.º 26 refletem claramente a aceitação de que o sigilo bancário é um obstáculo à transparência e à luta contra a evasão fiscal.

Embora no corpo do artigo não se faça referência ao modo pelo qual os Estados podem fazer uso desta cláusula de intercâmbio, o 9º comentário ao artigo 26.º, refere os três mecanismos para a troca de informações em matéria fiscal<sup>67</sup>. São eles, a troca de informações a pedido, a troca de informações automática e a troca de informações espontânea. Todas as informações, qualquer que seja o tipo de troca, devem ser ***previsivelmente relevantes***, tanto para aplicação das disposições da Convenção, como para a administração e aplicação da legislação tributária interna dos Estados contratantes. Com efeito, os Estados contratantes ficam, desde logo, impedidos, de solicitarem informações fiscalmente irrelevantes para as finalidades pretendidas, não podendo andarem à ‘*caça de informações*’ sobre os contribuintes, tal como clarifica o comentário n.º 5.

A condição de relevância previsível das informações, transporta especial onerosidade, no âmbito da troca a pedido, *i.e.*, na troca de informações precedida de um pedido específico, elaborado e enviado pelo Estado requerente ao Estado requerido, cujo campo de aplicação das informações, restringe-se a um caso concreto (*al. a) do comentário n.º 9*). O Estado

---

<sup>66</sup> OECD (2009), *Tax Co-operation 2009: Towards a Level Playing Field*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264047921-en>.

<sup>67</sup> Contudo, os Estados podem prever a utilização de outras vias e técnicas de obtenção de informações. A este propósito, os comentários fazem menção aos controlos fiscais simultâneos, controlos fiscais no estrangeiro e as trocas de informações relativas a um sector económico na sua globalidade.

requerente está vinculado a demonstrar no texto do seu pedido, que a informação requerida é “*previsivelmente relevante*” para averiguar a correta aplicação das disposições da convenção ou da legislação dos ordenamentos jurídicos dos Estados contratantes. Mas tal conceito, reveste contornos de interpretação, além de que, se o preenchimento de tal requisito não for provado pelo Estado requerido, o Estado solicitado não está obrigado a responder ao pedido, ou seja, a transmitir as informações solicitadas.

Sendo um **conceito indeterminado**, o respetivo significado terá de ser achado dentro da própria convenção com a devida orientação que os comentários do *Modelo da OCDE e o Manual sobre a troca de informações de 2006*, oferecem. Caso contrário, erradas interpretações provocarão efeitos adversos ao espírito da norma. Refere o comentário nº5 ao art.º 26, que o preenchimento do requisito ‘*previsivelmente relevante*’, deverá ser feito segundo um **juízo de prognose**, no sentido de, ‘*no momento em que o pedido é feito, haja uma possibilidade razoável de que a informação pedida venha a ser relevante; saber se a informação, uma vez prestada, é efetivamente relevante, não é pertinente*’<sup>68</sup>.”

Já no âmbito da **troca automática informações**, a prova da relevância previsível não é necessária à troca, já que ela é automática<sup>69</sup>. Segundo a al. b) do comentário n.º 9, esta processa-se, normalmente, relativamente a uma categoria de rendimentos tributados no Estado da Fonte; sendo que, é em momento prévio, que os Estados contratantes, acordam (em documento anexo/acessório à convenção), as informações a serem trocadas automaticamente, os prazos, o tipo de ficheiros, etc.

Quanto aos limites impostos pelo art.º 26 à troca de informações, o n.º 3, estabelece aquilo a que Alberto Xavier chama de, *limites em razão da competência e limites em razão da matéria* [XAVIER, A. (2016) p. 773]<sup>70</sup>. Quanto aos limites em razão da matéria, o Estado contratante, não está obrigado a trocar informações protegidas, no âmbito da sua legislação interna, por determinados segredos profissionais, comerciais e industriais, ou cuja a transmissão seja contra a ordem pública. Não obstante, importa tecer que, a aceção

---

<sup>68</sup> [OCDE (2010b) p. 657]

<sup>69</sup> O comentário remete ainda para algumas Recomendações do Conselho da OCDE em matéria de troca automática de informações. Contudo, tratam-se de Recomendações emitidas em diferentes contextos; enquanto, por exemplo, em 1981 a OCDE recomendou o uso de um formulário em papel para a troca automática, em 1992 o formulário foi recomendado em formato de leitura magnética.

<sup>70</sup> Fala-nos Alberto Xavier, que se tratam de limites em razão da competência que “*(...) derivam do facto de os Estados contratantes não serem obrigados a tomar medidas administrativas contrárias à sua prática administrativa (ou às do outro Estado contratante, por força do princípio da reciprocidade), nem a fornecer informações que não poderiam ser obtidas com base na sua própria legislação no âmbito da sua prática administrativa normal ou das do outro Estado contratante*” [Xavier, A. (2016) p. 773]

de ‘segredo’ prevista no n.º 3, não abrange o segredo bancário, prevalecendo a norma do n.º 5 sobre a norma do n.º 3, no caso de um Estado querer recusar trocar informações com base no sigilo bancário, não lhe permitir<sup>71</sup>; aliás, o comentário n.º 19.2 diz, expressamente, que *‘As informações financeiras, incluindo registos e documentação contabilística, não constituem, pela sua natureza, um segredo comercial, industrial ou outro.’*<sup>72</sup>

Quanto aos limites em razão da competência, estabelecem os mesmos, que um Estado contratante não está obrigado, para efeitos do art.º 26, a tomar medidas contrárias à sua legislação ou às suas práticas administrativas (primeira parte da al. a)), bem como, a fornecer informações nos preditos moldes (primeira parte da al. b)). A isto também podemos designar de *princípio de equivalência*: as medidas tomadas pelo Estado requerido, para proceder à troca de informações com o Estado requerente, devem equivaler, às medidas que o mesmo tenha competência para tomar a nível nacional. Podemos falar ainda num outro princípio estabelecido no n.º 3, o princípio de reciprocidade na troca de informações, que também constitui um limite à troca de informações para efeitos fiscais. De acordo com o mesmo, o Estado requerido, não está obrigado a trocar informações que, potencialmente, não possam ser obtidas a nível interno pelo Estado requerente. Refere o comentário n.º 15<sup>73</sup> que *‘um Estado Contratante não pode tirar partido do sistema de informações do outro Estado Contratante se esse sistema for mais amplo do que o seu próprio sistema.’*

Para além das informações recebidas só poderem ser utilizadas pelo Estado recetor para as finalidades supramencionadas, só são reveladas às pessoas ou autoridades cujo o acesso é legítimo, sendo que, ao abrigo do n.º 2, o Estado recetor, obriga-se a guardar sigilo fiscal sobre tais informações, sob o mesmo nível de proteção de confidencialidade, conferido pela sua legislação interna.

Concluindo, importa ainda mencionar, o dever imperioso estabelecido pelo n.º 4 do art.º 26 CMOCDE. Os Estados contratantes devem tomar todas as medidas possíveis, que sejam necessárias à recolha e comunicação das informações solicitadas pelos outros Estados, mesmo que não haja interesse nacional nas mesmas.

---

<sup>71</sup> [OCDE (2010) p. 675]

<sup>72</sup> [OCDE (2010) p. 671]

<sup>73</sup> [OCDE (2010) p. 668]

## Secção II – A Troca de Informações na União Europeia

### 1. Aspetos Gerais

Não é novidade que a tutela de interesses financeiros constitui o alicerce da prossecução das políticas comunitárias. Em especial, a importância financeira no que respeita à atividade de arrecadação de receitas assume-se como um campo que em si mais manifesta a necessidade de haver colaboração entre os Estados Membros. Afinal, o orçamento europeu é financiado pelo dinheiro dos contribuintes, quer sejam eles particulares, quer sejam empresas, pelo que são necessárias intervenções para averiguar o cumprimento dos deveres tributários dos contribuintes europeus. Consequentemente, a luta contra a evasão e elisão fiscal é discutida e prosseguida em conjunto, pelos Estados da União Europeia, pois são fenómenos que, ao diminuírem as receitas fiscais nacionais, enfraquecem também a política orçamental da UE<sup>74</sup>.

No seio da união europeia vem-se levantado, desde há muito tempo, grandes esforços com o fim de fomentar a colaboração das administrações fiscais dos diferentes Estados-Membros, na modalidade de troca de informações; e no tocante ao sigilo bancário, ele é visto pela maioria dos Estados Membros, como um obstáculo à livre circulação de capitais e à harmonização fiscal.

O art.º 4 do Tratado da União Europeia, que trata da soberania e obrigações dos Estados Membros, estabelece no seu n.º 3 o princípio da colaboração para a realização dos objetivos e valores nos quais a União Europeia se fundamenta. Em virtude deste princípio, a União e os Estados Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados. Face à necessidade da aplicação uniforme do ordenamento comunitário conjugada com a execução descentralizada das disposições comunitárias, este princípio assume importância para definir a relação existente entre os Estados Membros e as Instituições da União<sup>75</sup>.

A efetiva aplicação da legislação comunitária só é possível se houver uma articulação dos vários sistemas fiscais dos Estados Membros. O chamado processo de **harmonização fiscal**, cuja função é a aproximar a legislação fiscal dos Estados Membros, presta a sua

---

<sup>74</sup> “Existe também um Direito Fiscal Internacional Europeu que interpreta as soluções do Modelo da OCDE à luz das liberdades fundamentais do TFUE” [Dourado, A.P (2017) p. 17]

<sup>75</sup> A função do TJUE é essencialmente a de garante da unificação normativa do Direito comunitário, assegurar que este prevaleça sobre o Direito nacional de cada um dos Estados Membros.

### **finalidade em suprimir os obstáculos ao normal funcionamento do mercado interno**

em que se incluem. A harmonização é desenvolvida primordialmente através de instrumentos vinculativos, como os regulamentos e as diretivas. Em especial atenção para as **diretivas**, previstas no art.º 288.º § 3.º do TFUE, elas constituem um dos instrumentos jurídicos vinculativos à disposição das instituições europeias, para a aplicação das políticas da União Europeia. Através delas, o direito interno dos Estados Membros fica coordenado e harmonizado, mediante a sua entrada em vigor, e sequente transposição para o ordenamento jurídico interno.

No domínio fiscal europeu, ao contrário do que ocorre na harmonização indireta (legislação relativa aos impostos indiretos), a harmonização da tributação direta (impostos diretos) não se encontra expressamente estabelecida nos Tratados da EU<sup>76</sup>.

Assim, competindo a regulação da fiscalidade direta aos Estados Membros, as competências para uma intervenção europeia nesta matéria são necessariamente balizadas pelas disposições de carácter mais geral, como o ***princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade***, limitando-se ao mínimo necessário para alcançar os objetivos primordiais dos Tratados sem exceder o necessário para esse efeito.

Com efeito, terá de se concluir que o objetivo pelo qual se quer intervir a nível de harmonização fiscal, não pode ser suficientemente realizado pelos Estados-Membros, devido à falta de coordenação dos regimes nacionais de tributação, e pode, pois, ser melhor alcançado ao nível comunitário.

Neste quadro, para além das intervenções destinadas a harmonização direta terem de estar limitadas à prossecução de objetivos primordiais dos Tratados, e que não possam ser alcançados por outra via; devem ser adotadas medidas em conformidade a determinados fins, como: a assegurar o funcionamento das ***quatro liberdades fundamentais***, evitar o fenómeno da ***distorção da concorrência***, proporcionar ***neutralidade fiscal***, e ***incrementar o intercâmbio de informações*** entre os Estados Membros.

Em sede de troca de informações no domínio fiscal, a ação comunitária, conta com um longo historial de propostas, medidas, estudos e discussões, motivado pela dificuldade de

---

<sup>76</sup> Como refere Ana Paula Dourado [Dourado, A.P (2010) p.25) ‘‘com excepção do art.º 58.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Tratado da CE, sobre o alcance da livre circulação de capitais o Tratado não faz uma referência expressa à tributação directa, nem nas disposições sobre liberdades fundamentais nem nas disposições sobre tributação ou harmonização (título VI do Tratado)’’.



encontrar uma solução unitária que alcançasse as particularidades de cada Estado Membro. Como referido, podemos assistir a um panorama, em que a matéria sobre troca de informações é implementada e abordada de forma distinta consoante a tributação que se estiver a regular.

Por exemplo, no âmbito da tributação indireta, em especial do IVA, o Regulamento de Cooperação Administrativa (Regulamento (CEE) n.º 218/92 do Conselho, de 27 de Janeiro, promoveu a instituição de um sistema informático de troca de informações automática e a pedido – VIES, *Vat Information Exchange System* -, em que os Estados Membros mantêm-se ligados a uma rede informática, cujas as informações sobre aquisições e vendas intracomunitárias são armazenadas e processadas para que os Estados membros de destino dos bens ou serviços possam controlar as aquisições efetuadas pelos contribuintes neles residentes noutros Estados membros.

## **2. Breve referência à Diretiva 2003/48/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa à Tributação dos Rendimentos da Poupança sob a forma de Juros**

A Diretiva 2003/48/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003, designada Diretiva Poupança, tratou-se de uma intervenção comunitária exclusivamente destinada à tributação dos juros recebidos por pessoas singulares.

Esta operação de harmonização fiscal dos regimes nacionais relativamente à fiscalidade dos rendimentos da poupança sob a forma de juros teve a sua atenção virada para o tratamento dos juros recebidos por *não residentes*.

Podemos retirar da diretiva dois objetivos pretendidos. Um *objetivo específico*, direcionado a assegurar que os residentes dos Estados-Membros não escapem à tributação no seu Estado-Residência, quanto aos juros recebidos num outro Estado-Membro, o Estado-Fonte. E um *objetivo geral*: evitar distorções à livre circulação de capitais entre os Estados Membros.

Relativamente à cooperação dos Estados Membros para a troca de informações, na Diretiva Poupança deparamo-nos com um *modelo baseado numa troca de informações regular e automática*, não dependente de uma cooperação recíproca. Os Estados-Membros, bem como as suas instituições financeiras operadores económicos, ficam obrigados a comunicar ao Estado da Residência do beneficiário efetivo dos juros, o nome e o endereço da entidade, bem como o montante total de juros pagos ou atribuídos.

Com estas características, de regularidade e automatismo, as informações comunicadas (exclusivamente sobre o pagamento de juros) ao Estado da Residência, possibilitam-no, proceder a uma tributação efetiva dos juros recebidos pelo seu contribuinte, segundo a sua legislação nacional, desde que o mesmo seja o beneficiário efetivo dos juros.

Como refere Manuel Faustino<sup>77</sup> *“A eficácia da Diretiva assenta, assim, num duplo pressuposto: obriga, por um lado, à troca periódica e automática de informação entre os Estados Membros e, por outro, exige a harmonização prévia das possibilidades internas de obtenção da informação a comunicar, tendo em vista a eliminação das distorções apontadas.”*

A Diretiva (UE) n.º 2015/2060 do Conselho, de 10 de novembro de 2015 procedeu à revogação da diretiva relativa à tributação da poupança, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2016. Sobre a relação da diretiva poupança e da DAC 2, segundo o Conselho, face a sobreposição das duas diretivas, a escolha de fazer prevalecer de diretiva relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade (DAC2), de âmbito de aplicação mais alargado do que o da diretiva da poupança, serve para garantir uma abordagem coerente e abrangente à escala comunitária em matéria de troca automática de informações de uma conta financeira no mercado interno.

### **3. Diretiva 2011/16/EU do Conselho, de 15 de Fevereiro de 2011, relativa à Cooperação Administrativa no domínio da fiscalidade**

A *diretiva 2011/16/EU de 15 de fevereiro de 2011 (DAC1)*, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, veio substituir o papel da *diretiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1977*, tendo-a revogado e entrado em vigor no dia 1 de janeiro de 2013 (art.º 28 DAC1), pois, *“devido ao número e à importância das adaptações a efectuar na Directiva 77/799/CEE, a sua simples alteração não seria suficiente para atingir os objectivos acima descritos.”*<sup>78</sup>

A *diretiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1977*, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos diretos e indiretos, constituía a base para os Estados-Membros da EU procederem à troca

---

<sup>77</sup> Faustino, M. (2005) *“Directiva da Poupança no Âmbito da UE, Alguns Aspectos”*, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal, n.º 22, Abril-Junho de 2005

<sup>78</sup> N.º 6 do preâmbulo da DAC1.

de informações para efeitos fiscais. Nela estavam previstas as três formas principais de troca de informações: a pedido, automática e espontânea.

A troca de informações a pedido era, ainda que escassamente, a mais utilizada, podendo ser utilizada quando os Estados Membros provassem que seria para uma correta determinação dos seus impostos e individualizassem, discriminadamente, todos os elementos envolvidos na situação em causa, sendo os pedidos especulativos absolutamente proibidos. **A condição do previsivelmente relevante não existia** e no texto original do diploma, o sigilo bancário podia ser invocado para impedir a troca de informações nos termos do art.º 8, n.º 1 que previa os limites à troca de informações

A troca automática de informações estava prevista no art.º 3, porém, não era obrigatória. O Estados que a quisessem utilizar teriam de acordar as categorias de casos sujeitos a este método, recorrendo, para o efeito, ao processo de consulta previsto no art.º 9.

A publicação da diretiva 2011/16/EU (DAC1) veio, então, dar cumprimento ao novo padrão mundial, na altura, adotado: troca de informações a pedido em caso de relevância previsível e ausência de sigilo bancário.

Assim, logo no art.º 1, n.º 1 da DAC1, refere-se que os Estados Membros devem cooperar entre si tendo em vistas a troca de informações previsivelmente relevantes para a administração e execução da legislação interna dos Estados Membros relativa aos impostos previstos no art.º 2 da DAC1 (ou seja, todos os impostos, menos os impostos indiretos). Lê-se no n.º 9 do preâmbulo da DAC1 que *“A norma da «relevância previsível» destina-se a permitir a troca de informações em matéria fiscal em toda a medida do possível e, simultaneamente, a clarificar que os Estados-Membros não podem efectuar investigações aleatórias nem pedir informações de utilidade duvidosa relativamente à situação tributária de determinado contribuinte.”*

O art.º 18, n.º 2 da DAC1 eliminou, expressamente, a possibilidade de os Estados Membros invocarem o sigilo bancário a fim de recusarem a prestação de informações. Não obstante, esta imposição não se aplica se as informações remontarem a períodos de tributação anteriores a 1 de janeiro de 2011 e se a transmissão pudesse ser recusada se requerida antes de 11 de março de 2011 (art.º 18, n.º 2).

Segundo o art.º 3, n.º 8 da DAC1, entende-se por **troca de informações a pedido**, aquela que tem por base um pedido formulado pelo Estado Membro requerente ao Estado

Membro requerido, cujo o destino das informações é um caso específico. Ou seja, só a pedido de uma autoridade competente, é que são as comunicadas informações pela autoridade competente requerida (art.º 5 DAC1). Essas informações podem estar já disponíveis nos registos internos da autoridade requerida, ou terão de ser obtidas mediante inquéritos administrativos (art.º 6, n.º 1 DAC1). Segundo o art.º 20, n.º 1, todos os pedidos e respostas aos mesmos, devem ser transmitidos através de um formulário normalizado adotado pela Comissão nos termos do n.º 2 do artigo 26.º n.º 2; sendo que, o n.º 2 do mesmo artigo impõe à autoridade requerente, pelo menos, a indicação no pedido da identidade da pessoa objeto de inspeção ou investigação e o fim fiscal a que se destina o pedido de informações.

O art.º 6, estabelece ainda o *princípio da atuação por conta própria*, impondo à autoridade do Estado Membro requerido o mesmo esforço na obtenção de informações que empregaria no caso de as mesmas fossem serem relevantes a nível nacional. Corroborando este princípio, o art.º 18, n.º 1, impõe aos Estados Membros o mesmo princípio ainda que as informações a recolher não tenham relevância para si.

Quanto ao prazo de resposta a DAC1 veio preencher a deficiência da antiga diretiva: o mais rapidamente possível, não deverá ascender seis meses decorridos desde a data da receção do pedido (n.º1, art.º7), ou da receção de informações complementares necessárias (n.º4, art.º 7); quando as informações já estejam disponíveis nos registos fiscais do Estado Membro requerido, o prazo é de 2 meses (n.º 2, art.º7); quando haja condições para apresentar uma resposta dentro dos preditos prazos, ou quando não dispuser das informações, ou ainda, quando pretender recusar nos termos do art.º 17, a autoridade requerida deve informar os motivos que obstam ao cumprimento do solicitado e uma apresentar uma contraproposta (n.º 5 e n.º 6 do art.º7).

A DAC1 procedeu também a uma melhor regulação dos limites à troca de informações no art.º 17. O n.º 1 estabelece o *princípio do esgotamento das fontes informações* que a autoridade requerente normalmente disponha a nível interno; no entanto, não deve ser um princípio absoluto, nomeadamente, nos casos em que o esgotamento possa prejudicar a consecução dos objetivos pretendidos. O n.º 2 estabelece o *princípio da equivalência da competência*, no sentido de a autoridade requerida não estar obrigada a realizar inquéritos e a comunicar informações se isso infringir a legislação a que está adstrita. O n.º 3 estabelece o *princípio da reciprocidade* em benefício do Estado requerido, que pode

recusar prestar informações sempre que, por motivos legais, o Estado Membro não consiga prestar informações análogas. Por fim, o n.º 4 determina a possibilidade de recusa de informações ligadas a certos segredos ou que a troca seja contrária à ordem pública.

A **troca automática de informações** é entendida, segundo o art.º 3, n.º 9 da DAC1, como sendo uma comunicação sistemática e regular de informações previamente definidas e disponíveis nos registos internos do Estado Membro transmissor. Pelo art.º 8 da DAC1, a troca automática de informações passou a ser obrigatória entre os Estados Membros quanto a determinadas categorias de rendimentos e de capital que os contribuintes obtenham em Estados Membros que não o da sua residência, fixando-se, para o efeito, prazos para efetuar a transmissão de dados, e regulando a utilização de formulários e de canais de comunicação normalizados, que, segundo o art.º 21, n.º 1, são baseados no formato eletrónico da Diretiva Poupança.

Reconhece n.º 10 do preâmbulo da DAC1 *“que a obrigatoriedade da troca automática de informações sem condições prévias constitui o meio mais eficaz de reforçar o correcto estabelecimento dos impostos em situações transfronteiriças e de combater a fraude.”*

Segundo o art.º 8, n.º 1, a categoria de rendimentos sujeitas a troca automática e obrigatória a partir de 2014 são rendimentos do trabalho, honorários de administradores; produtos de seguro de vida não abrangidos por outros instrumentos jurídicos da União em matéria de troca de informações e outras medidas análogas; pensões; propriedade e rendimento de bens imóveis.

O art.º 24, n.º 2 da DAC1 permite a transmissão de informações obtidas pelos Estados Membros a países terceiros se respeitadas duas condições: *consentimento* da autoridade competente do Estado-Membro emissor e *compromisso* de que o país terceiro as utilize para combater práticas que sejam contrárias ou configurem uma fraude à legislação fiscal. Da mesma forma, o art.º 24, n.º 1, permite que as informações obtidas de um país terceiro por um Estado Membro possam ser transmitidas a outro Estado Membro em que caso de relevância previsível das mesmas e se o primeiro autorizar em momento prévio.

O artigo 27.º da Diretiva exige a apresentação, de cinco em cinco anos, de um relatório sobre a sua aplicação a partir de 1 de janeiro de 2013. Dando cumprimento ao predito normativo, a Comissão apresentou um relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2011/16/EU na sua versão original, ou seja, DAC1, relatório publicado a 18-12-2017, em Bruxelas. Este relatório baseia-se *“em informações*

*e dados recolhidos através de questionários e estatísticas dos Estados-Membros sobre os seus esforços na aplicação da Diretiva, bem como nas experiências práticas no âmbito da cooperação com outros Estados-Membros.*’<sup>79</sup>

Foi constatado que relativamente à troca de informações a pedido, a resposta ao pedido de informações não tem sido, em geral, atempada, o que não contribui para a existência de uma cooperação eficaz.

Relativamente à troca automática de informações o relatório constata sobre a escassa ou mesmo inexistência de provas que este método está a ser efetivamente utilizado pelos Estados Membros, isto é, que as informações recebidas regularmente estão a ser operacionalizadas. O relatório assume poder haver dificuldades por parte dos Estados Membros na utilização das mesmas, nomeadamente, dificuldades relacionadas com a *‘falta de recursos ou a falta de processos automatizados de identificação dos contribuintes’*<sup>80</sup>.

De facto, a obrigatoriedade da troca automática de informações, que passou a ser prevista com a DAC1, despontou a transmissão de grandes volumes de dados entre as Administrações Fiscais dos vários Estados. A par da transmissão, é necessário dar tratamento a esse volume de dados, e é aqui que a capacidade das administrações fiscais demonstra fracasso, *‘os recursos destinados a gerir este fluxo permaneceram limitados.*’<sup>81</sup>

A falta de recursos adequados à análise e tratamento dos dados obtidos automaticamente é um problema a ser resolvido e investido pelos Estados Membros, dado que a Diretiva não se trata de um instrumento que reforça a capacidade das administrações fiscais. Mas também é verdade que a eficácia da troca de informações obrigatória entre os Estados Membros depende muito das ferramentas oferecidas pela Comissão, por exemplo, a nova aplicação central de formulários eletrónicos.

---

<sup>79</sup> Comissão Europeia (2017), *‘Relatório da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva (EU) 2011/16/EU no que respeita à cooperação administrativa no domínio da tributação direta’* COM (2017) 781 final, Bruxelas. Disponível em: [file:///C:/Users/HP/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/1\\_PT\\_ACT\\_part1\\_v2.pdf](file:///C:/Users/HP/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/1_PT_ACT_part1_v2.pdf)

<sup>80</sup> [Comissão Europeia (2017) p. 4]

<sup>81</sup> [Comissão Europeia (2017) p. 4]

Com efeito, se os Estados Membros não conseguirem fazer acompanhar os seus recursos administrativos à evolução das formas de cooperação fiscal internacional, comete-se o risco da Diretiva, no tocante à troca de informações automáticas, não se revelar eficaz. *“Os esforços de melhoria devem começar por uma identificação mais automatizada dos contribuintes, passando pelo cruzamento entre as informações recebidas através da troca automática de informações provenientes do estrangeiro e as informações disponíveis a nível nacional, estendendo-se ao eventual desenvolvimento de uma ferramenta comum de gestão do risco.”*<sup>82</sup>

### **Secção III – O Novo Padrão Mundial: A Troca Automática de Informações Financeiras para Efeitos Fiscais**

#### **1. Aspetos Gerais**

Temos vindo a referir, ao longo do nosso trabalho, o historial dos trabalhos realizados pela OCDE e pela UE, concernentes ao intercâmbio de informações para efeitos fiscais nas vertentes de troca de informações a pedido e automática. Constatámos que a troca de informações a pedido, em caso de relevância previsível, fora, em tempos, a forma mais utilizada pelos Estados, sendo, aliás, implementada e trabalhada, em 2009, como padrão mundial para a troca de informações, monitorizado pelo Fórum Global na Transparência Fiscal e Troca de Informações para fins fiscais.

Contudo, em abril de 2013, um novo projeto surgiu - *“the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors endorsed automatic exchange as the expected new standard”*<sup>83</sup>, e, em 13 de fevereiro de 2014, a OCDE determinou a adoção desse padrão por intermédio da celebração de acordos entre as autoridades competentes.

Tal decisão surgiu num contexto em que, múltiplos acordos bilaterais, para a troca automática de informações financeiras, celebravam-se entre os EM e os EUA, sob o regime FACTA protagonizado pelos EUA.

---

<sup>82</sup> [Comissão Europeia (2017) p. 7]

<sup>83</sup>Vide *“A Step Change in Tax Transparency. Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context - OECD report for the G8 Summit June 2013”*, OCDE, Paris, p. 4

Traduzido para português, o *Ato* ou a *Lei de Conformidade Fiscal de Contas Estrangeiras* (FACTA), foi promulgada em 18 de março de 2010 pelo Congresso dos EUA, como resposta legislativa ao fenómeno dos paraísos fiscais, da fraude e evasão fiscal, tendo entrado em vigor a 1 de julho de 2014.

Com este mecanismo de cooperação internacional, o governo dos EUA, concentrou as suas atenções na troca de informações sobre as contas financeiras detidas pelos contribuintes americanos fora daquele país. Para controlar os rendimentos provindos de investimentos efetuados pelos contribuintes americanos no estrangeiro, o regime subjacente ao FACTA, implica para às instituições financeiras estrangeiras, localizadas em jurisdições que tenham em vigor um acordo intergovernamental com os EUA, uma obrigação de identificação de titulares de contas que sejam residentes nos EUA, e outra, relativa à comunicação de um conjunto de informações financeiras, cujo incumprimento é penalizado mediante a retenção de 30 % sobre os pagamentos financeiros de fonte americana.

Para implementar a FACTA, o Departamento do Tesouro dos EUA emitiu dois modelos de acordo intergovernamental (“IGA”), entre os quais, as jurisdições contrapartes poderão optar:

1. No *Modelo 1*, as instituições financeiras reportam as informações, objeto de comunicação segundo o regime FACTA, às Autoridades Fiscais do seu país, e por sua vez, as Autoridades Fiscais procedem à troca automática das informações com o *Internal Revenue Service*, que corresponde à autoridade competente dos EUA. No âmbito deste modelo, o acordo pode ser negociado com ou sem reciprocidade; no caso de o acordo ser recíproco, os EUA ficam vinculados a enviar automaticamente as informações das contas financeiras relativas aos residentes das jurisdições parceiras do Modelo 1, assegurando-se o mesmo nível de assistência<sup>84</sup>.
2. No *Modelo 2*, as instituições financeiras estrangeiras das jurisdições que celebrem este tipo de acordo, reportam diretamente, sem mediação das Autoridades Fiscais, as informações ao *Internal Revenue Service*. Para tal, é necessário o registo das mesmas no sistema IRS.

---

<sup>84</sup> Uma FFI coberta por um IGA modelo 1 não precisará assinar um acordo de FFI, mas terá de registar-se no Portal de Registo da FATCA da IRS ou apresentar o Formulário 8957.



Não havendo mediação das Autoridades Fiscais, não há lugar a acordo de reciprocidade, ficando as instituições financeiras obrigadas a comunicar as informações de forma automática<sup>85</sup>.

Pelo facto de a maioria dos EM celebrarem acordos de Modelo IGA 1, *Model Intergovernmental Agreement to Improve International Tax Compliance and to Implement FACTA*, foi com base neste modelo que a OCDE desenvolveu os seus trabalhos e respondeu ao chamado do G20. Assim se chegou ao novo padrão mundial para a troca automática de informações financeiras. Não obstante, como veremos mais à frente, o desafio e o resultado, são diferentes, pois que, o Standard criado pela OCDE, desenhou-se numa abordagem multilateral, ao contrário dos modelos americanos.

No dia 6 de agosto de 2015, Portugal assinou o acordo FACTA Modelo 1 celebrado com os EUA que só foi aprovado no dia 5 de agosto de 2016 pela Resolução da Assembleia da República n.º 183/2016 e ratificado pelo Presidente da República no dia 17 de junho de 2016 mediante o Decreto do PR n.º 53/2016.

Lê-se no preâmbulo do ‘‘Acordo entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América para reforçar o cumprimento fiscal e implementar o FACTA’’, que o governo português apoia a política associada ao FACTA, e o objetivo subjacente à mesma, que é reforçar o cumprimento fiscal internacional através de uma assistência fiscal mútua, baseada numa infraestrutura eficaz para a troca de informações automática. É um acordo importante para a implementação dos mecanismos de cooperação internacional e de combate à evasão fiscal previstos na Convenção entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América (EUA) para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento.

As diversas dificuldades ligadas à preparação de uma infraestrutura eficaz para a troca automática de informações prevista e desenhada em conformidade com o regime FACTA, levou a que, a introdução efetiva do regime FACTA na ordem jurídica portuguesa, só se tornasse possível com a aprovação, pelo o art.º 239º da Lei nº 82-B/2014, de 31 de dezembro (orçamento de Estado para 2015), do **Regime de Comunicação de Informações Financeiras** (RCIF), que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2016.

---

<sup>85</sup> Nos termos dos IGAs Modelo 2, as FFI's precisarão se registrar junto a IRS, e algumas FFI's precisarão assinar uma versão do acordo de FFI alterado para refletir o IGA

De facto, tencionando Portugal celebrar um acordo em que as instituições financeiras passassem a ficar obrigadas a comunicar informações financeiras de forma regular e sistemática segundo determinados procedimentos de *due diligence*, seria necessário proceder a diversas alterações legislativas, criando as bases jurídicas que permitissem o cumprimento das obrigações que Portugal iria assumir perante os EUA.

Assim, só após ter sido aprovado o Regime de Comunicação de Informações Financeiras e de o mesmo ter entrado em vigor, é que o acordo FACTA com os EUA foi aprovado e ratificado. O Regime de Comunicação de Informações financeiras determina quais as entidades abrangidas e as excluídas (art.º 2 e 3º), as contas financeiras abrangidas e as excluídas (art.º 4 e 5º), as obrigações de identificação e de comunicação às Autoridade Tributária (art.º 6 e 9º), as informações abrangidas pela obrigação de comunicação (art.º 7) os períodos de obtenção e transmissão (art.º 10), regras de conversão de moeda (art.º 8), o regime do incumprimento (art.º 12), medidas de anti abuso (art.º 13), medidas de derrogação do sigilo bancário (art.º 14) e medidas para a proteção de dados (art.º 15).

Este regime é aplicável às instituições financeiras com sede ou direção efetiva em território português, que integrem uma das seguintes categorias: Instituição de depósito; Instituição de custódia; Entidade de investimento; Empresa de seguros especificada. Dele está excluída qualquer sucursal situada fora do território português, ou as sucursais situadas em território português de instituições financeiras com sede no estrangeiro.

Segundo o art.º 9 do RCIF, as instituições financeiras estão obrigadas a comunicar por via eletrónica à AT os elementos enunciados no art.º 7, até ao dia 31 de julho de cada ano, relativamente às contas financeiras por si mantidas em Portugal de que sejam titulares pessoas ou entidades dos EUA. Após esta comunicação, a AT envia as informações às autoridades competentes dos EUA.

No âmbito da confidencialidade e da proteção de dados, a troca de informações ficará sujeita aos regimes de confidencialidade e de proteção previstos nas legislações nacionais de ambos os Estados e ao disposto na Convenção sobre a Dupla tributação entre PT e os EUA.

Por fim, ficou por concluir um conjunto de normas complementares ao RCIF, correspondentes à designada Regulamentação Complementar do FACTA, que só foi aprovada pelo DL n.º 64/2016 de 11 de outubro, no Anexo 1 ao mesmo.

## 2. Concretização: Common Reporting Standard (CRS) – Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information

O *Common Reporting Standard* corresponde ao novo padrão mundial desenvolvido pela OCDE no que diz respeito à recolha, tratamento, comunicação e transmissão de dados sobre contas financeiras, para propósitos fiscais<sup>86</sup>. Uma vez por ano as Autoridades Competentes transmitem as informações financeiras recolhidas e comunicadas pelas suas Instituições Financeiras sob as regras dos procedimentos de *due diligence* previstos na CRS, relativas às contas financeiras de pessoas qualificadas como pessoas sujeitas a comunicação.

Aprovado pelo Conselho da OCDE a junho de 2014 e pelo G20 a setembro do mesmo ano, o *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters* engloba: o *Common Reporting Standard (CRS)*<sup>87</sup>; o *Competent Authority Agreement (CAA)*; e os comentários ao CRS e ao CAA.

Também como ferramenta crucial de implementação do CRS, foi publicado em agosto de 2015, um manual de implementação, “*Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters – Implementation Handbook*”; não obstante, neste trabalho, será utilizada a 2ª edição do Manual de Implementação, publicada em abril de 2018<sup>88</sup>.

Desde 2013, que a troca de informações a pedido deixou de ser o padrão mundial em matéria de transparência fiscal, para dar lugar a um padrão, considerado único, de troca

---

<sup>86</sup> Já em junho de 2013 tinha sido publicado um relatório da OCDE intitulado “*A Step Change in Tax Transparency*” em resposta ao pedido efetuado pela presidência do G8 para a OCDE analisar as bases necessárias à troca de informações automática num contexto multilateral.

OCDE (2013), “*A Step Change in Tax Transparency Delivering a standardized, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context*”, Paris, OCDE. Disponível em: [http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/taxtransparency\\_G8report.pdf](http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/taxtransparency_G8report.pdf)

<sup>87</sup> Composto por nove secções: a primeira estabelece os requisitos gerais de comunicação; a segunda sobre os requisitos gerais em matéria de diligência devida; a terceira sobre os requisitos de diligência específica para identificação de contas preexistentes de pessoas singulares e a quarta para as contas novas de pessoas singulares; a quinta sobre requisitos específicos em matéria de diligência devida nas contas preexistentes de entidades e a sexta para contas novas das mesmas; a sétima estabelece regras especiais de diligência devida; a oitava destina-se a traçar algumas definições; e, finalmente, a nona estabelece os passos de execução prática para o CRS.

<sup>88</sup> OECD (2018), *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters - Implementation Handbook - Second Edition*, OECD, Paris, disponível em <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-account-information-in-tax-matters.htm>

automática de informações financeiras para efeitos fiscais. O compromisso de implementação é formalizado com a assinatura de um Acordo entre as Autoridades Competentes específico para o efeito, e que tem por base o Modelo OCDE de Acordo das Autoridades Competentes. Estas podem optar por uma troca automática de base multilateral, celebrando o *Multilateral Competent Authority Agreement on Exchange of financial Account Information (MCAA)*, ou de base bilateral, com negociação de acordos bilaterais *Competent Authority Agreement (CAA)*. A base jurídica para implementação do CRS na primeira (*acordo multilateral*) será a Convenção Multilateral sobre a Assistência Mútua em Matéria Fiscal, conforme alterada pelo Protocolo de 2010, e na segunda (*acordo bilateral*) serão as convenções fiscais bilaterais que, por sua vez, podem ser as Convenções para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento e património (CMOCDE) ou o Acordos para a Troca de Informações (ATI).

Tal como os Estados foram avaliados na implementação do padrão mundial de troca de informações a pedido, a aplicação do novo padrão é assistida e monitorizada pelo Fórum Global e pelo seu grupo de trabalhos para a troca automática de informações – *AEOI Group*.

A OCDE publicou um artigo onde, sumariamente, descreve quatro passos que os Estados devem ter conta a fim de implementarem o CRS (*“Four Steps to Implement the Standard”*)<sup>89</sup> Dado ao facto da CRS basear-se significativamente no FACTA, a OCDE recomenda às jurisdições familiarizadas com o FACTA adaptarem as respetivas normas, de forma a reduzir os custos de implementação. São eles: **1)** *“Translating the reporting and due diligence requirements into domestic law”*; **2)** *“Select a legal basis for the exchange of information”*; **3)** *“Put in place the administrative and IT infrastructure to collect and exchange information under the Standard”*; **4)** *“Protect confidentiality and data safeguards”*.

Em primeira linha, os Estados que ainda não tenham normas destinadas à comunicação de dados bancários para efeitos fiscais, devem traduzir e integrar no seu direito interno os requisitos de comunicação e em matéria de diligência devida, em conformidade com o padrão CRS, que muito se assemelham aos do FACTA, mas que contém algumas

---

<sup>89</sup>OCDE (201?), *“Four steps to implement the Standard”*, Paris, OCDE. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/technical-assistance/aeoi/steps-to-implement-aeoi-standard.pdf>

modificações que afastam as especificidades do sistema dos EUA. Essencialmente, estes requisitos referem-se: às instituições financeiras que devem comunicar, às contas financeiras que devem ser comunicadas, os procedimentos de *due diligence* para determinar as contas que devem ser comunicadas e as informações das contas que devem ser comunicadas.

A fim de auxiliar os Estados na implementação do padrão mundial para a Troca Automática de Informações sobre Constatos Financeiras em matéria fiscal, a OCDE procedeu à elaboração de um manual-guia CRS, donde constam os vários estádios que precisam de ser executados para a implementação da CRS.

Na segunda edição do manual de implementação da CRS<sup>90</sup>, publicada em abril de 2018, as orientações para a implementação do standard surgem atualizadas e complementadas.

Para garantir que o processo de implementação seja o mais eficiente e flexível possível e que as Instituições Financeiras cumpram as regras de diligência devida e comunicação, os Estados devem fazer uso da sua legislação primária, legislação secundária e de orientações com explicações adicionais; e devem permitir às Instituições Financeiras procedimentos opcionais, adequados às circunstâncias e a fim de reduzir os custos<sup>91</sup>. Por exemplo, podem permitir que as Instituições Financeiras utilizem prestadores de serviços para cumprirem as obrigações de comunicação e diligência devida, neste caso, as Instituições continuam a ser responsáveis pelo cumprimento das normas e as ações dos prestadores de serviços são-lhes imputadas.

Podem permitir também que os procedimentos de *due diligence* para contas novas sejam utilizados para contas preexistentes, entre outros<sup>92</sup>. Os Estados também devem incluir na

---

<sup>90</sup>OECD (2018), *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters - Implementation Handbook - Second Edition*, OECD, Paris, disponível em <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-account-information-in-tax-matters.htm> <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-information-in-tax-matters.pdf>

<sup>91</sup> No relatório é dado o exemplo de uma abordagem alternativa ao cálculo dos saldos das contas: um Estado que já preveja a obrigação das Instituições Financeiras comunicar o saldo ou valor médio de uma conta de uma conta pode oferecer a estas a opção de continuar a fazer o relatório e o cálculo nestes termos em vez de as obrigarem a calcular o saldo ou o valor da conta no final do ano civil.

<sup>92</sup> Outra possibilidade, é a aplicação do “*teste de endereço*” de residência para contas de menor valor. Mediante este teste, uma jurisdição pode permitir que as Instituições Financeiras determinem a residência do Titular da conta com base no endereço de residência fornecido pelo Titular da Conta, desde que o endereço seja atual e baseado em Evidências Documentárias. O teste do endereço pode se aplicar a Contas de Valor Inferior Preexistentes (menos de US \$ 1 milhão) detidas por Detentores de Contas Individuais. Este teste é uma alternativa à busca de indícios eletrônicos para estabelecer a residência e se o teste de

legislação áreas de comentários ou de detalhes adicionais e complementares às regras CRS. Por exemplo, relativamente à operacionalização do teste de endereço da residência, existe a possibilidade de aplicar as disposições relativas à alteração das circunstâncias a este teste, mas o CRS só prevê de forma expressa a aplicação ao teste dos registos eletrónicos, não as aplicando diretamente ao teste do endereço da residência. Também o próprio conceito de alteração das circunstâncias deve ser sujeito a detalhes adicionais.

A OCDE reconhece ainda que os Estados possam proceder a uma implementação mais ampla do CRS<sup>93</sup>. Por exemplo, os procedimentos *due diligence* no CRS foram configurados para identificar contas que são mantidas por residentes de jurisdições que figuram nas listas nacionais de ‘*Jurisdições Reportáveis*’, no momento em que os mesmos são realizados. No entanto, grande parte das jurisdições que estão a implementar foram além dos requisitos da CRS, pois optaram por implementar uma abordagem mais ampla, no sentido de serem abarcados pelos procedimentos de *due diligence* todos os residentes e não residentes de jurisdições com as quais mantenham um instrumento de troca de informações.

Ainda relativamente ao primeiro passo, a OCDE alerta para o facto de, face à abordagem normalizada do CRS, poderem existir Instituições Financeiras e contas financeiras que, na jurisdição que estejam incluídas, apresentem baixo risco de evasão fiscal, mas que a CRS não as identifica como tal. Assim, a CRS impõe aos Estados identificarem esses casos em listas (únicas) nacionais sob a epígrafe ‘*Instituições Financeiras Não Reportantes*’ e ‘*Contas Excluídas*’. Depois de publicadas, o Fórum Global terá o papel de avaliar cada uma das listas específicas das jurisdições a fim de garantir que as condições para a exclusão do CRS foram cumpridas.

A par da implementação do CRS, os Estados devem estudar os meios referentes ao monitoramento do cumprimento do CRS pelas Instituições Financeiras. Em primeiro lugar, importa certificarem que a comunicação, efetivada pelos relatórios, está conforme ao CRS, a fim de evitar o desenvolvimento de problemas e recurso desnecessário a auditorias de conformidade. Depois, os Estados devem ponderar se os seus programas de auditoria fiscal são aptos a serem adaptados ao processo de avaliação da conformidade

---

endereço de residência não puder ser aplicado, porque, por exemplo, o único endereço no arquivo é um endereço “vigiado”, a Instituição Financeira deve executar a busca de indícios eletrónicos.

<sup>93</sup> [OCDE (2018) p.23]

do cumprimento do CRS pelas Instituições Financeiras, ou se é necessário rever procedimentos existentes ou ainda de criar um novo programa para a avaliação/revisão da conformidade. Neste campo, a OCDE estabelece como pré-requisito que o cumprimento das obrigações inerentes aos procedimentos AML/KYC seja parte integrante da avaliação da conformidade.

O segundo passo é selecionar a base legal para a troca automática de informações financeiras, como já foi suprarreferido. Além disso, para efeitos administrativos, eventuais acordos tendentes a operacionalizar a troca automática poderão ser necessários a fim de determinar, por exemplo, a hora da troca e o formato da troca. O CRS já apresenta acordos padronizados para o efeito e que devem seguir de referência para aos Estados.

Em terceiro lugar, os Estados devem colocar em funcionamento as suas administrações e infraestruturas a coletar e trocar as informações segundo a CRS, isto é, segundo o respetivo formato, conteúdo e operação ‘*CRS Schema*’ e XML (“extensible mark-up language”). Ainda sobre este terceiro passo, os Estados precisam de definir padrões de criptografia, isto é, métodos de transmissão segura de informações ou conjunto de regras que visam codificar a informação de maneira a que só a administração emissora e a administração recetora consigam decifrá-la. Embora a CRS estabeleça padrões mínimos para uma transmissão segura, a OCDE refere que não há uma solução única; até vai mais longe, ao dizer que os trabalhos ainda em curso sobre esta matéria não devem atrasar as trocas de informações. Neste terceiro passo, no manual a OCDE alerta que é importante, no início do processo de implementação, analisar a capacidade técnica e administrativa para gerir de forma adequada as informações, e assegurar que os recursos adequados sejam implementados no momento da troca.

A coleta e comunicação das informações por parte das Instituições Financeiras está sujeita a prazos. Segundo o prazo contido no MCAA, terá de ser após o fim do ano civil e antes do mês de setembro do ano a seguir. Quanto ao formato da comunicação, uma vez que a CRS não prescreve nenhum para as Instituições Financeiras, as jurisdições precisam de escolher um, ou então podem optar por usar o mesmo formato que a CRS exige que as informações sejam trocadas entre os Estado; optando por esta via, a administração fiscal fica poupada a reformatar os dados.

Os Estado precisam de assegurar também que, no momento que as Administrações recebem as informações, estas disponham de procedimentos adequados a recolher, a

armazenar e a tratar, e de ferramentas como hardware e software capazes de lidar com tais volumes de informação. As administrações precisam de assegurar que os dados estão *válidos* e correspondem a categorias de informações *sujeitas a troca obrigatória*. Outro requisito, é verificar se os dados têm interesse para a jurisdição destinatária, isto é, se o pacote de dados está a ser enviado para a jurisdição correta.

Quanto à Transmissão e Receção de informações entre as Administrações Tributárias, dos trabalhos realizados pelo Forum on Tax Administration, surgiu o *Common Transition System (CTS)*. Um sistema de transmissão de informações criptografado, construído em função dos recentes desenvolvimentos das Tecnologias de Informação, em que as informações transmitidas estão estruturadas sob um esquema comum de **XML** (*extensible mark-up language*). Através deste sistema as Autoridades Competentes podem enviar e / ou receber informações de duas formas: pelo link servidor-servidor (**SFTP**) ou pelo navegador (**HTTPS**)<sup>94</sup>.

Assim, sumariando, para que as autoridades competentes possam enviar informações de contas financeiras sob o esquema comum XML do CRS através do CTS, os dados devem ser *encriptados* (i.e., codificados) pela autoridade competente emissora, transmitidos através do CTS e, em seguida, *“descriptografados”* pela autoridade competente recetora. Este sistema tem ainda uma crucial funcionalidade que permite às autoridades recetoras detetarem e relatarem às autoridades emissoras, eventuais erros contidos no arquivo, por ter havido uma preparação incorreta do mesmo, ou por ter informações incompletas e imprecisas.

Em quarto e último lugar, e a fim de garantir uma troca automática fiável e segura, os Estados devem prever normas relativas à proteção de dados como às previstas no CRS que são essencialmente as mesmas do FACTA. Refere o manual de abril de 2018 que estas normas devem constar tanto da legislação interna como nos instrumentos que preveem a troca de informações, de modo a ficar claro quais são as finalidades específicas das informações. Devem, inclusive, ser previstas sanções para o caso de violação da confidencialidade, uso indevido da informação, divulgação e acesso não autorizado.

Antes de as autoridades transmitirem informações, precisam de se certificar que o Estado destinatário atende aos padrões de confidencialidade exigidos. Para tal, o CRS oferece

---

<sup>94</sup> [OCDE (2018) p. 49]



um questionário que pode ser usado para avaliar os padrões do sigilo dos dados na jurisdição parceira. A par deste questionário o Fórum Global procede a avaliações preliminares sobre o sistema de confidencialidade e proteção de dados de cada jurisdição a fim dos Estados poderem fazer a sua escolha de trocarem ou não informações.<sup>95</sup> Se das avaliações resultarem resultados negativos, as jurisdições em causa são objeto de recomendações para reverem a área em causa e apresentarem um plano de ação, sendo que, posteriormente à implementação deste plano, o Fórum Global volta a avaliar a conformidade dos regimes; até este último momento, as jurisdições em causa enviaram informações de forma automática mas não recíproca. Ainda neste âmbito importa dizer que o MCAA prevê uma disposição que impõe a notificação entre as autoridades no caso de detetarem uma violação de sigilo; esta disposição permite ainda que seja declarada a suspensão imediata do acordo até a investigação ser resolvida e serem tomadas decisões que garantam não haver violações futuras.

## **2.1 Breve Referência ao Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures**

O sucesso do novo padrão mundial enfrenta o tradicional problema relacionado com a existência de intermediários que auxiliam os contribuintes a fugirem à incidência das normas, e a recorrerem a estruturas *offshore* opacas com as quais os Estados não conseguem trocar informações de forma eficaz.

Tal preocupação é manifestada no texto da Declaração de Bari emitida pelos Ministros das Finanças do G7 a 13 de maio de 2017. Apelou-se à necessidade da OCDE promover um estudo sobre as melhores formas de prevenir e divulgar os acordos projetados e comercializados com o efeito de contornarem a legislação do CRS. Assim, em março de 2018 a OCDE publicou o ‘*Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*’<sup>96</sup>. Por um lado, este modelo serve para incrementar a capacidade das administrações tributárias em detetarem arranjos tendentes a contornar o funcionamento do CRS, e, por outro lado, de impedir que os intermediários

---

<sup>95</sup> [OCDE (2018) p. 53]

<sup>96</sup> OECD (2018b), *Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*, OECD, Paris. [www.oecd.org/tax/exchange-of-information/model-mandatory-disclosure-rules-for-crs-avoidance-arrangements-and-opaque-offshorestructures.pdf](http://www.oecd.org/tax/exchange-of-information/model-mandatory-disclosure-rules-for-crs-avoidance-arrangements-and-opaque-offshorestructures.pdf)

promovam esquemas de evasão fiscal ‘*CRS Avoidance Arrangement or Opaque Offshore Structure*’.

As regras deste modelo seguem a estrutura para as regras de divulgação obrigatória apresentadas no relatório da ação 12 do BEPS. Assim, há cinco elementos a considerar na conceção de um regime de divulgação obrigatória: uma descrição dos arranjos sujeito a divulgação, uma descrição das pessoas (intermediários) obrigadas a divulgar tais arranjos, a própria imposição da obrigação de divulgação e exceções, uma descrição das informações que devem ser divulgadas, previsão de sanções para o não cumprimento.

O conceito de arranjo inclui um acordo, um esquema, um plano, e qualquer transação que o tornam efetivo. Um Arranjo Evasivo da CRS, regra geral, é qualquer arranjo pelo qual seja razoável concluir que foi concebido para contornar a legislação do CRS, sendo comercializado. Esta é a regra 1.1 e que contém alguns exemplos como: a utilização de uma conta que fuja ao conceito de conta financeiro apresentado pela CRS mas que substancialmente tem características semelhantes às de uma conta financeira; a transferência de uma conta ou de ativos financeiros para uma instituição qualificável como não reportante ou para uma jurisdição que não troque informação ao abrigo da CRS com todas as jurisdições; a exploração de lacunas e deficiências dos procedimentos de diligência devida das Instituições Financeiras a fim do titular da conta ou das entidades controladoras não serem corretamente identificadas.

O conceito de Estrutura Offshore Opaca é explanado na regra 1.2, e destina-se especificamente aos Veículos Offshore Passivos, isto é, pessoas ou criações jurídicas que não exercem atividade económica substantiva na jurisdição que estão estabelecidas ou que têm a sua residência fiscal, e que são mantidas por Estruturas Opacas. Por sua vez, a definição destas Estruturas passa, primeiramente, pela averiguação de um critério geral. Serão Estruturas Offshore Opacas aquelas que têm por efeito o de não permitir a identificação correta dos proprietários beneficiários. Depois, a regra 1.2 apresenta as técnicas específicas de planeamento fiscal utilizadas para o predito efeito, por exemplo, o uso de acionistas com nominativos não divulgados, o uso de arranjos que possibilitem ao contribuinte auferir rendimentos de ativos detidos ou gerados por Estruturas Opacas sem ser identificado como beneficiário dessa Estrutura, o uso de pessoas jurídicas em jurisdições onde não a lei que imponha mecanismos para a obtenção de informações sobre

o real beneficiário, ou que não prevejam obrigações para os acionistas divulgarem as pessoas em nome das quais as ações são detidas, entre outras.

Para ambas as regras (1.1 e 1.2) tem de ser razoável concluir que o arranjo e a estrutura foram projetados para ter/comercializadas como tendo/ ou têm o efeito de contornar a legislação do CRS, nomeadamente, não permitindo a determinação precisa do proprietário beneficiário.

A Regra 1.3 define Intermediário, como qualquer responsável pela criação ou comercialização de um “*CRS Avoidance Arrangement*” ou “*Opaque Offshore Structure*”, ou qualquer fornecedor de Serviços Relevantes<sup>97</sup> para a operacionalização dos mesmos, ao qual seja razoável prever, segundo o seu grau de conhecimento real sobre os Serviços Relevantes fornecidos, que os Acordos e Estruturas têm um fim indevido.

Qualquer pessoa que seja Intermediário deve divulgar os preditos esquemas às autoridades fiscais da jurisdição, no prazo de 180 dias após a entrada em vigor das regras, identificando o nome, endereço, número da residência fiscal de todos os envolvidos, a jurisdição onde os esquemas foram implementados, bem como a descrição de todos os passos dos esquemas, desde que tenham sido celebrados após 29 de outubro de 2014 e antes da data da vigência. Como regra geral, o prazo é de 30 dias a contar da data que o esquema está pronto a ser implementado. Não são obrigados a divulgar os intermediários que provem documentalmente que a conta relacionada com os esquemas evasivos tinha um saldo inferior a 1 milhão antes da implementação do esquema.

---

<sup>97</sup> ““*Relevant Services*” in respect of a *CRS Avoidance Arrangement* or *Opaque Offshore Structure*, means providing assistance or advice with respect to the design, marketing, implementation or organisation of that Arrangement or Structure.” [OCDE (2018b) p.18]

## Capítulo III – A Implementação do Common Reporting Standard para a Troca Automática de Informações Financeiras na Ordem Jurídica Portuguesa

### Secção I – Enquadramento Legislativo

#### 1. A Implementação do CRS na União Europeia

No dia 6 de Dezembro de 2012, a Comissão, em comunicação dirigida ao PE e ao Conselho, apresentara um plano de ação<sup>98</sup> para reforçar a luta contra a evasão e fraude fiscais, tendo realçado a necessidade de promover a troca automática de informações como norma internacional para a transparência e a troca de informações em matéria fiscal; plano este acolhido em sentido favorável pelo Conselho ECOFIN de 14 de maio de 2013 e que levou a que o Conselho de 22 de maio de 2013 solicitasse um efetivo alargamento da troca automática de informações quer a nível da EU, quer a nível mundial.

Assim, a 12 de junho de 2013, a Comissão propôs o ***alargamento da troca automática de informações*** entre administrações fiscais da EU, **a quaisquer formas de rendimentos financeiros e saldos de contas**, que passariam a constar da lista de categorias abrangidas pela troca automática de informações na EU. Desta forma, os Estados Membros passariam a trocar tantas informações quanto as que trocam com os EUA no âmbito dos Acordos FACTA. De facto, no art.º 19 da Diretiva n.º 2011/16/EU, previa-se que sempre que um Estado-Membro prestasse a um país terceiro uma cooperação mais ampla do que a prevista pela presente diretiva, esse Estado-Membro não podia recusar a prestação dessa cooperação mais ampla a outro Estado-Membro que desejasse participar em tal cooperação mútua mais ampla com o primeiro. Precisamente, quando os Estados Membros estão a celebrar acordos FATCA com os EUA, significa, na aceção do art.º 19 da DAC1, que esses Estados-Membros estão a prestar uma cooperação mais ampla do que a prevista na Diretiva n.º 2011/16/EU (DAC1), no referente à troca automática de informações financeiras, e à obrigação de comunicação que impende sobre as suas Instituições Financeiras. Na ausência de legislação aplicável ao nível da EU, os Estados Membros que quisessem entre si, proceder à cooperação levada a cabo pelos acordos

---

<sup>98</sup> Comissão Europeia (2012), “*Plano de Ação para reforçar a luta contra a fraude e a evasão fiscais*”, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, COM(2012) 722 final de 06/12/2012, Bruxelas. Disponível em <http://europa.eu>

FACTA, teriam de invocar esta disposição para poderem celebrar acordos idênticos entre si.

Com a celebração dos acordos FACTA pelos Estados-Membros da EU, e o surgimento da Norma Comum de Comunicação da OCDE, foi urgente a necessidade de igualar, no seio da legislação da União Europeia, o nível de cooperação administrativa em matéria de troca automática de informações.

A Diretiva n.º 2014/107/UE, do Conselho, de 9 de dezembro de 2014, DAC2, veio assim dar resposta a este pedido de alargamento no intuito de acompanhar a evolução internacional sentida nos trabalhos realizados pela OCDE e os EUA. Lê-se no nº5 do seu preâmbulo o seguinte: *“Atualmente, dado o aumento das oportunidades de investimento no estrangeiro numa ampla gama de produtos financeiros, os instrumentos de cooperação administrativa existentes a nível da União e a nível internacional no domínio da fiscalidade tornaram-se menos eficazes no combate à fraude e evasão fiscais transfronteiras”*.

Assim, embora o artigo 8º nº 5 da Diretiva 2011/16/UE do Conselho, já prevê-se a troca automática de informações obrigatória entre Estados-Membros relativamente a determinadas categorias de rendimentos, tais categorias abarcavam rendimentos maioritariamente de natureza não financeira. A evolução da internacionalização dos instrumentos financeiros e o aumento das oportunidades de investimento tornou a abordagem da diretiva de 2011 incapaz de acompanhar o risco de fraude.

Com efeito, a Diretiva 2014/107/EU alargou o âmbito de aplicação do art.º 8 respeitante à troca de informações obrigatória, passando a incluir as mesmas informações incluídas na CRS.

A este propósito, lê-se no preâmbulo da DAC2 duas frases importantes:

*“Os Estados-Membros deverão exigir que as suas Instituições financeiras apliquem regras em matéria de comunicação e diligência devida totalmente compatíveis com as estabelecidas na Norma Comum de Comunicação desenvolvida pela OCDE.”*

*“Além disso, o âmbito de aplicação do artigo 8.o da Diretiva 2011/16/UE deverá ser alargado a fim de incluir as mesmas informações abrangidas pelo*

*Modelo de Acordo entre Autoridades Competentes e pela Norma Comum de Comunicação da OCDE''.*

Daqui retira-se que a DAC4, mais não é, do que um mecanismo legal para a implementação no seio da União Europeia, do standard global para a troca automática de informações financeiras, criado pela OCDE.

As Conclusões do Conselho adotadas em 5/12/2017 sobre o funcionamento da Lista **‘‘Negra’’** da EU, são claras nesse sentido<sup>99</sup>. Na lista de *‘‘Critérios que as jurisdições deverão respeitar para serem consideradas conformes em matéria de transparência fiscal’’*, consta como **critério inicial**, a adoção da **Norma Comum de Comunicação da OCDE**: *‘‘a jurisdição deverá ter assumido o compromisso de aplicar efetivamente a Norma Comum de Comunicação e ter iniciado o processo legislativo para esse efeito, efetuando o mais tardar em 2018 as primeiras trocas de informações (respeitantes ao ano de 2017), e ainda ter em vigor mecanismos que permitam trocar informações com todos os Estados-Membros, até ao fim de 2017, quer mediante a assinatura do Acordo Multilateral entre Autoridades Competentes (AMCA), quer através de acordos bilaterais’’*<sup>100</sup>. A par do critério da troca automática de informações financeiras, serão também determinantes, os dois seguintes: assinatura e ratificação da Convenção Multilateral Conselho/OCDE, e a aplicação dos standards mínimo do plano BEPS. Assim, tanto a jurisdição que não aplica a troca automática de informações, como a que não ratifica a Convenção Multilateral para assistência mútua em matéria fiscal, como a que continua a prever regimes fiscais prejudiciais, não está em conformidade com os critérios do novo padrão de *boa governação fiscal*.

## **2. A Transposição da Diretiva 2014/107 EU, do Conselho, de 9 de Dezembro de 2014, para a Ordem Jurídica Portuguesa**

A introdução da Norma Comum de Comunicação nos Estados Membros da União Europeia é feita pela transposição da Diretiva 2014/107 EU, do Conselho, de 9 de Dezembro de 2014 (DAC2) que altera a Diretiva 2011/16/EU, do Conselho, de 15 de

---

<sup>99</sup> Conselho (2017), Conclusões do Conselho sobre a lista da UE de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais (2017/C 438/04)

<sup>100</sup> [Conselho (2017), p.13]

Fevereiro de 2011, (DAC1), no que respeita à troca automática obrigatória de informações no domínio da fiscalidade.

As alterações procedidas pela DAC2 referem-se só à troca automática de informações. Seguindo o mesmo espírito legislativo subjacente aos regimes CRS e FACTA, a DAC2 procede à definição das Instituições Financeiras abrangidas, das Pessoas e Contas sujeitas a comunicação e múltiplos conceitos necessários à operacionalização do novo standard. É, pois, ainda acompanhada de um Anexo relativo às Regras de Comunicação e Diligência devida para informações sobre contas financeiras e um Anexo II relativo às Regras Complementares de Comunicação e Diligência Devida para Informações sobre contas financeiras.

A transposição da DAC2 para a ordem jurídica portuguesa foi, assim, o instrumento utilizado para a implementação do regime subjacente à CRS<sup>101</sup>, relativamente aos Estados Membros da EU. Com o Decreto-Lei 64/2016 de 11 de outubro, foram introduzidas grandes alterações ao Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de maio, em conformidade com Diretiva 2014/107 EU de 9 de dezembro de 2014; insere-se um novo mecanismo de troca automática e recíproca para informações financeiras e um Anexo relativo às Regras de Comunicação e Diligência devida, a aplicar pelas Instituições Financeiras Reportantes<sup>102</sup>.

É importante frisar, que todo o regime da troca automática e recíproca de informações financeiras previsto no Decreto-Lei 61/2013, 10 de maio com as alterações efetuadas pelo Decreto Lei 64/2016 de 11 de outubro (incluindo as regras de *due diligence*), constitui um mecanismo geral, aplicável à troca de informações financeiras efetuada entre Portugal e qualquer jurisdição com a qual tenha celebrado um Acordo aplicativo da CRS.

Assim, embora as disposições façam geralmente referência a ponte entre Portugal e os restantes Estados Membros (naturalmente, por ter transposto a DAC2), elas aplicam-se,

---

<sup>101</sup> Já a 19 de março de 2014, Portugal, a par de outras 43 jurisdições, assumiu o compromisso de adotar antecipadamente o CRS, aderindo à declaração “*Joint Statement by the Early Adopters Group*”; sendo que, em 29 de outubro de 2014 assinou o Acordo Multilateral entre Autoridades Competentes para a Troca Automática de Informações sobre Contas Financeiras. Informação que pode ser consultada em [www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-early-adopter](http://www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-early-adopter)

<sup>102</sup> Estabelece o n.º 9, art.º6 do predito decreto-lei, que a troca automática das informações financeiras prevalece sobre a obrigatoriedade de troca de informações relativas a tipos de rendimentos e elementos patrimoniais abrangidos pela alínea c) do n.º 1, ou sobre qualquer outro instrumento jurídico da União Europeia, incluindo a Diretiva n.º 2003/48/CE, do Conselho, de 3 de junho de 2003, na medida em que a troca de informações em questão esteja abrangida pelo âmbito de aplicação da alínea c) do n.º 1 ou de qualquer outro instrumento jurídico da União Europeia, incluindo a Diretiva n.º 2003/48/CE, do Conselho, de 3 de junho de 2003.

de igual modo, à troca de informações financeiras efetuada entre Portugal e outras jurisdições participantes na CRS, nomeadamente, com as quais Portugal deva efetuar troca automática de informações sobre contas financeiras no âmbito do Acordo Multilateral das Autoridades Competentes para a Troca Automática de Informações de Contas Financeiras, celebrado ao abrigo da Convenção sobre a Assistência Mútua em Matéria Fiscal conforme alterada pelo Protocolo de Alteração à Convenção sobre a Assistência Mútua em Matéria Fiscal<sup>103</sup>. Essas a jurisdições constam da lista publicada pelo Secretariado do órgão de coordenação a que se refere o n.º 3 do artigo 24.º da predita Convenção.

Aliás, o art.º 2, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de maio, com as alterações do Decreto-Lei 64/2016 de 11 de outubro, determina o seguinte: *“Para efeitos da aplicação das regras e procedimentos de cooperação administrativa introduzidos pelo presente decreto-lei no âmbito da troca automática obrigatória de informações com jurisdições não integrantes da União Europeia, nos termos do n.º 3, a expressão «Estado-Membro» deve entender-se, salvo disposição em contrário, como substituída por «jurisdição participante» que tenha adotado a Norma Comum de Comunicação.”*

O artigo 18.º n.º 4 e n.º 5 do Decreto-Lei n.º 61/2013, de 10 de maio, determina que a comunicação efetuada pelas IF à AT é efetuada por meio de formatos eletrónicos normalizados. A Portaria n.º 302-C/2016 de 2 de dezembro regula, assim, a estrutura e conteúdo do ficheiro da comunicação. Nos termos do art.º 4 da referida portaria, a comunicação é efetuada através de um ficheiro com o formato XML<sup>104</sup>, e deve respeitar o esquema de validações «CRSxml-Schema»<sup>105</sup>

Rege o disposto no art.º 16-A, n.º 3 do Decreto-Lei 61/2013, que a recolha e o tratamento de dados pessoais por parte das entidades responsáveis deve limitar-se ao que for necessário para o cumprimento das obrigações do diploma, não podendo ser tratados de forma incompatível a essas finalidades.

---

<sup>103</sup> A **Portaria n.º 302-D/2016 de 2 de dezembro**, estabelece as listas das jurisdições participantes, prevista no n.º 6 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 64/2016, de 11 de outubro, considerando jurisdição participante (art.º 2, n.º1, al. b)) *“outros países ou territórios relativamente às quais se pretende que o Acordo Multilateral das Autoridades Competentes (MCAA) se aplique, e sobre as quais deve ser aferido o nível de proteção adequada de dados pessoais e da confidencialidade, em conformidade com os n.os 1 a 3 do artigo 3.º da presente portaria.”*

<sup>104</sup> Cujas a estrutura pode ser consultada em <http://www.portaldasfinancas.gov.pt>

<sup>105</sup> Disponível em <http://www.portaldasfinancas.gov.pt>



## **Secção II – *Common Reporting Standard* no Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de Maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de Outubro**

### **1. Instituições Financeiras Reportantes e Instituições Financeiras Não Reportantes em Portugal**

Segundo o Manual de Implementação da CRS da OCDE, de abril de 2018, as regras que definem o **conceito de Instituições Financeiras Reportantes (IFR)**, devem ser construídas sob um *teste* composto por *quatro etapas* [OCDE (2018 b)) p. 57]: (1) saber se é uma entidade, (2) estabelecida numa jurisdição participante, (3) caracterizada como Instituição Financeira, (4) e excluída da lista da Instituições Financeiras Não Reportantes.

Em linha com ‘*jurisdiction’s reporting nexus*’, as IFR têm de ter sede ou direção efetiva em território português (critério correspondente ao conceito de residência fiscal nos termos do CIRC). Não obstante, as sucursais que estas instituições financeiras tenham fora de Portugal, não terão a mesma qualidade conferida à instituição principal (art.º 4-A, n.º 1, al. a) do Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de outubro). De igual modo, qualquer sucursal situada em território português de uma instituição financeira com sede fora deste território, não é considerada IFR.

Quanto ao termo Instituição Financeira, o CRS define-o em relação a cada categoria, alertando para o facto de a circunstância de uma Entidade estar sujeita a leis e regulamentos em matéria financeira de uma jurisdição participante ou estar sujeita a supervisão por instituições financeira, poderem ser dados relevantes, sem serem, necessariamente, determinantes [OCDE (2017) p. 160].

Também em linha com método adotado pela CRS, o art.º 4.º - A, n.º 2 define o conceito de Instituição Financeira por categorias, sendo elas as:

a) Instituições de Custódia (IC),

→ Qualquer entidade que exerça uma parte substancial da sua atividade a deter ativos financeiros por conta de terceiros<sup>106</sup>. O teste da substância [OCDE (2017)]

---

<sup>106</sup> Refere o nº6 do art.º 4-A que, ‘*para efeitos do presente decreto-lei, a expressão 'Ativo financeiro' inclui:*  
a) *Títulos, nomeadamente, de participação no capital de sociedades de capitais ou em sociedades de pessoas ou na qualidade de beneficiários efetivos numa partnership (sociedade de pessoas) com múltiplos sócios ou numa sociedade em comandita por ações cotada em bolsa ou num trust (estrutura fiduciária), bem como notas, obrigações, ou outros títulos de dívida;* b) *Participações em sociedades, mercadorias e*

p. 160] consiste em avaliar se os rendimentos brutos gerados por essa detenção ou por serviços financeiros conexos, são iguais ou superiores a 20 % do rendimento bruto dessa entidade obtido no mais curto períodos de tempo determinados no i) e ii) do n.º 2. Assim, as entidades que não possuam ativos financeiros por conta de terceiros, como os corretores de segura, a princípio, não são Instituições de Custódia.

b) Instituições de Depósito (ID)

→ Qualquer entidade legalmente autorizada a aceitar depósitos ou de outros fundos reembolsáveis como decurso normal de atividade bancária ou similar. A OCDE refere que estar envolvida numa atividade bancária ou similar implica o exercício regular de atividades com determinada natureza<sup>107</sup>. Razão pela qual, uma entidade que receba depósitos com a finalidade exclusiva de garantir o cumprimento de contrato de venda, não deva ser considerada como estando envolvida em negócios bancários.

c) Entidades de Investimento (EI)<sup>108</sup>

Segundo o CRS uma Entidade de Investimento pode ser de dois tipos [OCDE (2017) p. 161]: entidades que exerçam habitualmente atividades de investimento, administração ou gestão de ativos financeiros, em nome ou por conta do cliente (art.º 4-A, n.º2, al. c); e entidades geridas por Entidades de Investimento ou outras Instituições Financeiras (art.º 4-A, n.º3, al. a) e b))<sup>109</sup>, desde que o rendimento

---

swaps, nomeadamente, swaps de taxa de juro, swaps de divisas, swaps de base, limites máximos da taxa de juro, limites mínimos da taxa de juro, swaps de mercadorias, swaps de ações, swaps relativos a um índice sobre ações, bem como em instrumentos similares; c) Contratos de seguros ou contratos de renda; d) Qualquer participação, incluindo contratos de futuros, forward ou opções, em títulos, sociedades de pessoas, mercadorias, swaps, contratos de seguro ou contratos de renda.”

<sup>107</sup> Por exemplo, ‘a) makes personal, mortgage, industrial, or other loans or provides other extensions of credit; b) purchases, sells, discounts, or negotiates accounts receivable, instalment obligations, notes, drafts, checks, bills of exchange, acceptances, or other evidences of indebtedness; c) issues letters of credit and negotiates drafts drawn thereunder; d) provides trust or fiduciary services; e) finances foreign exchange transactions; or f) enters into, purchases, or disposes of finance leases or leased assets.’ [OCDE (2017) p. 161]

<sup>108</sup> Consideram-se abrangidos no conceito de entidade de investimento a que se refere a alínea c) do n.º 2, designadamente: **a)** As instituições e crédito e as empresas de investimento que estejam autorizadas a exercer atividades de intermediação financeira em Portugal; **b)** As instituições de investimento coletivo e a entidades responsáveis pela respetiva gestão autorizadas a exercer essa atividade em Portugal, nomeadamente: i) Organismos de investimento coletivo em valores mobiliários; ii) Organismos de investimento alternativo em valores mobiliários e organismos de investimento em ativos não financeiros; iii) Organismos de investimento imobiliário; iv) Organismos de investimento em capital de risco, organismos de empreendedorismo social e organismos de investimento alternativo especializado; e v) Fundos de pensões; vi) Fundos de titularização de créditos.

<sup>109</sup> Os Fundos de Pensões são considerados Entidades de Investimento, e, como tal, poderão ser abrangidas pela obrigatoriedade de comunicar as informações financeiras respeitantes à conta do fundo. No entanto,

bruto gerado por atividades de investimento, reinvestimento ou negociação de ativos financeiros, for igual ou superior a 50% do rendimento bruto obtido no mais curto períodos de tempo indicados na al. a) e b), n.º 4, art.º 4-A.

Ficam, no entanto, excluídas as entidades que sejam qualificáveis como entidades não financeiras (ENF) ativas, por cumprirem qualquer um dos critérios definidos no n.º 10 do artigo 4.º-G, por exemplo, ENF's ativas detidas por ENF passivas, ENF's iniciantes, ENF's com insolvência em curso, entre outros critérios (alíneas c), e) e f), n.º 10, art.º 4.º-G, respetivamente).<sup>110</sup>

d) Empresas de Seguros Especificada (ESE)

→ Qualquer entidade que seja uma empresa de seguros ou gestora de participações no setor dos seguros, legalmente autorizada a exercer a atividade seguradora em Portugal e que emita ou esteja obrigada a efetuar pagamentos em relação a um contrato de seguro monetizável ou a um contrato de renda.

A quarta etapa do teste-conceito de Instituição Financeira Reportante, é excluir as Instituições Financeiras não Reportantes (IFNR). Nos termos do n.º 6, art.º 4-B, em Portugal, entende-se por IFNR qualquer instituição financeira que seja: a) uma entidade pública (na aceção do n.º 2 e do n.º 3 do art.º 4-B), uma organização internacional (na aceção do n.º 4 do art.º 4-B) ou um banco central (na aceção do n.º 5 do art.º 4-B), nomeadamente, as constantes das alíneas do n.º 6 do art.º 4.º-B<sup>111</sup>; b) um fundo de pensões de participação alargada (al. a), n.º 7, art.º 4-B), um fundo de pensões de participação limitada (al. b), n.º 7, art.º 4-B), um fundo de pensões das IFNR referidas na al. a) (al. c), n.º 7, art.º 4-B) ou um emitente de cartões de crédito (al. ad, n.º 7, art.º 4-B); d) um veículo de investimento coletivo isento (n.º 8 e n.º 9, art.º 4-B) ; e, finalmente, uma estrutura fiduciária (trust), desde que o fiduciário seja uma IFR e transmita todas informações respeitantes a todas as contas sujeitas a comunicação do trust<sup>112</sup>.

---

grande parte dos Fundos de Pensões são considerados pelo art.º 4-B, como sendo Instituições Financeiras Não Reportantes.

<sup>110</sup> Segundo os comentários ao CRS [OCDE (2017) p. 164], o termo Entidade de Investimento deve ser interpretado em linguagem similar à estabelecida no documento “*Financial Action Task Force Recommendations*”, sendo de incluir os fundos, os consultores de investimento, entre outros. Ver FATF/OECD (2013), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation*, The FATF Recommendations February 2012, FATF/OECD, Paris, disponível em [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF\\_Recommendations.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf).

<sup>111</sup> Exceto em relação a pagamentos derivados de obrigações detidas no âmbito de uma atividade financeira comercial exercida por uma ESE, IC ou ID.

<sup>112</sup> “*This category of Non-Reporting Financial Institution reaches a similar result as that under paragraph D of Section II, according to which Reporting Financial Institutions may be allowed to rely on service*

Para além destes casos específico, uma IF pode ser uma IFNR desde que: apresente baixo risco de evasão fiscal, tenha características substancialmente similares a qualquer das Entidades anteriormente descritas, esteja incluída na lista de IFNR e o estatuto assim atribuído não fruste os propósitos da Norma Comum de Comunicação.

Os comentários à CRS fazem referência a alguns fatores de baixo e alto risco de evasão fiscal [OCDE (2017) p. 171 e p. 172]:

- ‘‘a) **low-risk factors**: (1) the Financial Institution is subject to regulation. (2) information reporting by the Financial Institution to the tax authorities is required.
- b) **high-risk factors**: (1) the type of Financial Institution is not subject to AML/KyC Procedures. (2) the type of Financial Institution is allowed to issue shares in bearer form and is not subject to effective measures implementing the FATF Recommendations with respect to transparency and beneficial ownership of legal persons.<sup>10</sup> (3) the type of Financial Institution is promoted as a tax minimisation vehicle.’’

A não frustração dos propósitos da CRS é um aspeto que, segundo os comentários, deve ser monitorizado por mecanismos, como sejam [OCDE (2017) p. 172]: procedimentos administrativos que averiguem se as IFNR introduzidas na lista a nível nacional, continuam a apresentar um baixo nível de risco de evasão fiscal (pode ocorrer uma alteração das circunstâncias); a suspensão do Acordo entre as Autoridades Competentes quando uma autoridade verifique que a outra definiu o estatuto das IFNR de uma forma que frustra os propósitos da CRS; a sujeição a um mecanismo de avaliação e revisão da implementação do CRS, por parte do Fórum Global.

## 2. Contas Financeiras e Contas Sujeitas a Comunicação

Há uma **regra geral** para identificar uma conta financeira: a conta financeira é uma conta mantida pela Instituição Financeira Reportante<sup>113</sup>. A par desta regra geral existe uma regra de exclusão, - não ser considerada ‘‘Conta excluída’’.

---

*providers to fulfil their reporting and due diligence obligations. The only difference between that paragraph and this category is that the reporting and due diligence obligations fulfilled by service providers remain the responsibility of the Reporting Financial Institution, while the responsibility of those fulfilled by the trustee of a Trustee-Documented Trust is transferred by the trust to its trustee.’’ [OCDE (2017) p. 174]*

<sup>113</sup> [OCDE (2018) p. 62]

As contas financeiras excluídas nos termos previstos no art.º 4-E podem ser, entre outras: contas de reforma ou de pensão (al. a), n.º 1, art.º 4-E); outras contas fiscalmente beneficiadas que não sejam de reforma (al. a), n.º 1, art.º 4-E); contratos de seguros de vida<sup>114</sup> cujo o período de cobertura termine antes de o segurado atingir os 90 anos de idade (al. c), n.º 1, art.º 4-E); contas detidas unicamente por uma sucessão (al. d), n.º 1, art.º 4-E); certas contas de “caução”<sup>115</sup>, em que o dinheiro é detido por um terceiro em nome das partes responsáveis pelo cumprimento por qualquer razão prevista na al. e) (al. e), n.º 1, art.º 4-E)

Nos termos do art.º 4-F, o membro do Governo responsável pela área das finanças aprova, por portaria, a lista de IFNR e CFE que constem dos artigos 4.º-B e 4.º-E, e, para além dessas, outras que devam ser tratadas, respetivamente, como IFNR e CFE, por apresentarem um baixo risco de serem utilizadas para efeitos de evasão fiscal<sup>116</sup> e preencherem as condições previstas nas alíneas c) do n.º 1 do artigo 4.º-B e na alínea g) do n.º 1 do artigo 4.º-E. Esta lista deve ser comunicada à Comissão Europeia.

É relativamente a cada categoria de contas, que o “teste” da manutenção da conta por uma Instituição Financeira deve ser efetuado (art.º 4-C, n.º 1 acaba por conter esta ideia quando reencaminha as contas financeiras mantidas pelas IF a várias categorias de contas)<sup>117</sup>. Assim, por exemplo, regra geral, uma conta de depósito é considerada mantida por uma IF se esta estiver obrigada a fazer pagamentos relativos à mesma (al. b), art.º 32 das RCDD); uma conta de custódia é considerada mantida por uma IF, se esta detém a custódia dos ativos da conta (al. a), art.º 32 das RCDD); as participações representativas de capital ou título de dívida são mantidas por IF se constituídas pela IF (al. c), art.º 32 das RCDD).<sup>118</sup>

---

<sup>114</sup> [OCDE (2017) p. 185] “a “life insurance contract” is an Insurance Contract under which the issuer, in exchange for consideration, agrees to pay an amount upon the death of one or more individuals.”

<sup>115</sup> [OCDE (2017) p. 186]

<sup>116</sup> “a) low-risk factors: (1) the account is subject to regulation. (2) the account is tax-favoured. (3) information reporting to the tax authorities is required with respect to the account. (4) contributions or the associated tax relief are limited. (5) the type of account provides appropriately defined and limited services to certain types of customers, so as to increase access for financial inclusion purposes. b) high-risk factors: (1) the type of account is not subject to AML/KyC Procedures. (2) the type of account is promoted as a tax minimisation vehicle” [OCDE (2017) p. 188]

<sup>117</sup> [OCDE (2018) p. 62]

<sup>118</sup> Refere o Manual de Implementação de abril de 2018 [OCDE (2018) p. 63]: “jurisdictions have different financial systems with diverse legal, administrative and operational frameworks so the meaning of maintaining an account may vary between jurisdictions.”

Depois são dadas definições das várias contas financeiras incluídas no art.º 4-C, n.º 1: conta de depósito (art.º 4-C, n.º 3); conta de custódia (art.º 4-C, n.º 4); participação representativa de capital ou título de dívida da instituição financeira mantida por uma entidade de investimento; contrato de seguro monetizável (art.º 4-C, n.º 7); e contrato de renda (art.º 4-C, n.º 8).

Num **segundo momento**, é necessário saber se as contas financeiras revistas pelas Instituições Financeiras, e não excluídas na primeira fase, estão ou não sujeitas a comunicação nos termos do art.º 4 – G.

A regra é (n.º 1): são sujeitas a comunicação, as contas financeiras mantidas por uma Instituição Financeira Reportante no território nacional, detidas por uma (ou mais) pessoas sujeitas a comunicação ou por uma ENF passiva controlada por pessoas sujeitas a comunicação, desde que a conta tenha sido identificada como tal de acordo com os procedimentos de diligência devida previstos no anexo ao Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de Maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de Outubro<sup>119</sup>.

Descortinando a predita regra, na primeira fase, é necessário determinar se o titular da conta é uma pessoa sujeita a comunicação. Se não for, a conta financeira não é sujeita a comunicação em relação a ele; se for, a conta é sujeita a comunicação em relação a ele. Na segunda fase, é necessário determinar se o titular da conta é uma entidade passiva não financeira (ENF passiva) controlada por uma ou mais pessoas que sejam sujeitas a comunicação. Se a resposta for afirmativa, a conta é sujeita a comunicação em relação às pessoas controladoras, ainda que não o seja em relação ao titular da conta.

Acresce ainda que, para que a conta financeira seja sujeita a comunicação em relação ao titular da conta, é preciso determinar se este reside numa jurisdição com a qual Portugal tenha um acordo para a troca automática de informações financeiras em conformidade com o regime CRS (art.º 4.º, n.º 3); razão pela qual, a instituição tem de, em primeira linha saber se o titular em causa reside numa jurisdição participante, consultando a lista de jurisdições participantes prevista no nº6 do art.º 2 do Decreto-Lei 64/2016, estabelecida atualmente pela Portaria n.º 302-D/2016 de 2 de dezembro.

---

<sup>119</sup> O n.º 2 do art.º 4-G exclui as sociedades de capitais de títulos regulados em mercados regulamentados e entidades relacionadas, as entidades públicas, bancos centrais, organizações internacionais e IF.

Com efeito, é inultrapassável para as instituições financeiras a fase em que averigam a residência das pessoas sujeitas a comunicação; tal exame é feito segundo os procedimentos de diligência devida previstos no anexo ao Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de Maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de Outubro.

Finalmente é necessário ainda fazer a distinção entre conta nova e uma conta pré-existente (art.º 4-D); principalmente porque, para efeitos de uma implementação eficiente do CRS, os Estados têm a importante função de decidir a partir de que data serão aplicados os procedimentos das contas novas, pois a abertura de contas novas está sujeita a requisitos adicionais, em conformidade com o CRS.

Uma conta é considerada preexistente quando: al. a) seja mantida por uma IFR em 31 de dezembro de 2015; b) independentemente da data de abertura da conta financeira, quando se verifique um conjunto de requisitos cumulativos que, no essencial, acabam por qualificação semelhante, ainda que a data não seja respeitada. Destacam-se alguns: por exemplo, o facto de existir uma outra conta do titular na IFR, que seja considerada preexistente; a IFR consiga cumprir os procedimentos AML/KYC aplicáveis às contas preexistentes, por ser uma conta sujeita a procedimentos AML/KYC, '*Anti Money Laundering/Know your Customer*'; a abertura da conta financeira não exigir informações novas, adicionais ou alteradas sobre o cliente.

Uma conta é nova, se aberta a 1 de janeiro de 2016 ou após essa data, a menos que a conta seja equiparada a uma conta preexistente, pelas razões anteriormente explanadas (n.º 2, art.º 4-D). Isto advém do facto de Portugal ter sido uma das jurisdições que se comprometeu a implementar antecipadamente o CRS.

### **3. Regras de Comunicação e de Diligência Devida a aplicar pelas Instituições Financeiras (RCDD)**

As Regras de Comunicação e Diligência Devida a aplicar pela Instituições Financeiras constantes do anexo ao Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de Maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de Outubro, devem ser cumpridas no processo de identificação das contas financeiras e aquando da comunicação dos elementos das mesmas à Autoridade Tributária e Aduaneira.

As Instituições Financeiras Reportantes são obrigadas a avaliar todas as contas financeiras que mantêm, a fim de identificarem aquelas que precisam de ser reportadas à administração fiscal.

Para estabelecer a residência do Titular da Conta, as Instituições Financeiras têm de seguir regras diferentes: *primeiro*, consoante seja uma pessoa singular ou uma pessoa coletiva; *segundo*, conforme a conta seja uma conta nova ou uma conta pré-existente.

Para as contas pré-existentes as Instituições Financeiras devem determinar a residência do Titular da conta com base nas informações que ele tem em arquivo. Para as contas novas é exigida uma autocertificação do titular da conta.

Também é obrigatório a utilização dos Procedimentos AML/KYC: segundo o art.º4-H, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de Maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de Outubro, tratam-se de procedimentos de diligência a que estão sujeitas as IFR a título do combate ao branqueamento de capitais, ou requisitos análogos.

Eles devem permitir a identificação de informações atualizadas, suficientes e exatas sobre os beneficiários efetivos, em conformidade com a Diretiva 2015/849/EU, do PE e do Conselho, 20 de maio de 2015

Refere o artigo 28.º das RCDD, que tais procedimentos devem ser compatíveis com as Recomendações 10 e 25 do GAFI de 2012

#### **A) Procedimentos de *diligência devida* para Contas Preexistentes de menor valor de pessoas singulares**

A Conta de menor valor é aquela que seja, preexistente, e detida por pessoa singular, cujo saldo ou valor agregado em 31 de dezembro de 2015 não exceda USD 1 000 000 (n.º 6, art.º 4-D do DL 61/2013 de 10 de maio com as alterações do DL 64/2016, 11 de outubro). Para este tipo de contas os procedimentos de diligência devida são menos rigorosos e as instituições financeiras beneficiam de uma abordagem mais flexível.

Quanto a esta, a IFR pode aplicar o designado *‘residence address test’* que consiste em utilizar o endereço da residência atual<sup>120</sup> do titular da conta com base em documentos comprovativos, constante dos registos, para considerar que o titular tem a sua residência

---

<sup>120</sup> O artigo atenua a exigência de que o endereço seja atual no caso de contas inativas, de modo que o teste da morada residencial possa ser usado.



fiscal na jurisdição para onde remete o endereço. Os documentos comprovativos têm de ter sido emitidos por entidades oficiais; a relevância do predito requisito tem a ver não só com a credibilidade do documento, como também para os casos em que o endereço não esteja no documento, aplicar a residência da entidade oficial nos termos da al. c) do nº2 do art.º 6 das RCDD. Se a Instituição tiver algum indício que a prova documental não fidedigna, incluindo a suspeita de ter ocorrido uma alteração das circunstâncias, a prova documental não pode ser invocada.

Se alguma das exigências do teste de residência não for satisfeita, a Instituição Financeira deverá realizar uma busca eletrónica sobre os dados que tem nos registos, a fim de examinar os dados recolhidos e detetar se há algum indício que indique onde o titular da conta reside e que corresponda ao conjunto de indícios do nº7 do art.º 6 das RCDD. Se este teste também falhar, deve ser efetuada uma pesquisa nos registos em papel em conformidade com o art.º 8 nº3 ou solicitar ao titular da conta uma autocertificação ou um documento comprovativo da sua residência fiscal.

Se nenhum desses procedimentos estabelecer com sucesso a residência do Titular da conta para fins fiscais, a Instituição financeira Reportante deverá comunicar a conta à autoridade tributária como não documentada.

## **B) Procedimentos de *diligência devida* para Contas Preexistentes de elevado valor de pessoas singulares**

Entende-se por Conta de elevado valor uma conta preexistente detida por pessoa singular cujo saldo ou valor agregado exceda USD 1 000 000 em 31 de dezembro de 2015 ou em 31 de dezembro de qualquer ano subsequente (art.º 4-D, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de Maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de Outubro).

Para estas contas existem procedimentos aprimorados de revisão, não podendo ser utilizado o teste da morada residencial. As IFR devem examinar os dados dos seus registos que possam ser pesquisados eletronicamente, a fim de detetar qualquer um dos indícios indicados no n.º 7 do artigo 6.º das RCDD.

Se os dados pesquisados eletronicamente capturarem todas as informações necessárias para concluir a pesquisa sob índices, não é necessário fazer uma busca de registos em formato papel; caso contrário, deve analisar o atual ficheiro principal do cliente para detetar indícios, e caso não de não constarem deste ficheiro, deverá proceder a pesquisa

e análise de registos em suporte papel associados à conta não contidos nos dados que possam ser pesquisados eletronicamente.

Se o predito procedimento falhar, deve ser solicitado uma autocertificação ou documentos comprovativos da residência ao titular da conta; caso o pedido seja frustrado, a conta é reportada como não documentada. É preciso notar que para contas de elevado valor é preciso consultar o gestor de conta para, se possível, haver equiparação se o mesmo tiver conhecimento real que o titular da conta é uma pessoa sujeita a comunicação (nº5, art.º 8 das RCDD).

### **C) Procedimentos de *diligência devida* para Contas Novas de pessoas singulares**

Para a abertura de contas novas de pessoas singulares as Instituições Financeiras terão de pedir uma autocertificação da residência fiscal do titular da conta (art.º 11, nº 1 das RCDD), e confirmar a verosimilhança da mesma com base nas informações obtidas aquando da abertura da conta ou constantes em qualquer documentação coletada de acordo com os procedimentos AML/KYC. A OCDE diz tratar-se de um “*reasonableness test*” [OCDE, 2018 b), p. 83]; se a Instituição Financeira não passar nesse teste, e verificar que a certificação origina está incorreta, deverá obter uma nova (art.º 11, nº3 das RCDD). Para além disso, a instituição tem o dever de notificar os titulares sobre a obrigação destes informarem aquela, da ocorrência de alguma alteração das circunstâncias (art.º 11, nº3 das RCDD).

Se constar da autocertificação que o titular da conta é residente fiscal num Estado-Membro, a Instituição Financeira deve considerar a conta, como uma conta sujeita a comunicação (art.º 11, nº2 das RCDD).

### **D) Procedimentos de *diligência devida* para Contas Preexistentes de Entidades**

Quanto às contas preexistentes de entidades sujeitas a análise, a regra é a de que uma conta preexistente de entidade cujo o valor não exceda 250 000 USD em 31 de dezembro de 2015, está isenta de análise por parte das Instituições Financeiras (art.º 14 das RCDD); ficando sujeita a análise a partir do momento em que exceder tal montante (art.º 15 das RCDD).

O procedimento de diligência devida para contas preexistentes que excedam o predito montante está dividido em duas partes (art.º 16 das RCDD): saber se a entidade/titular da

conta é uma pessoa sujeita a comunicação; saber se uma ENF passiva/titular da conta é controlada por pessoas sujeitas a comunicação.

Para determinar se a entidade é uma pessoa sujeita a comunicação, a Instituição Financeira tem de pesquisar informações que determinam a residência da mesma entidade. Consoante o tipo de entidade, a residência pode ser indicada por diferentes fatores<sup>121</sup>: pelo local da constituição, local da organização, local da administração efetiva, o endereço da entidade, ou o endereço de um ou mais administradores de confiança (trusts).

Se a entidade residir num Estado Membro, a conta preexistente está sujeita a comunicação (art.º 17, n.º 2, b) das RCDD). No entanto, se a instituição obtiver uma autocertificação do titular da conta, ou determinadas informações publicamente disponíveis indicarem que o titular é uma entidade não sujeita a comunicação, a conta não está sujeita a comunicação. Os requisitos da validade da autocertificação são os aplicáveis às contas novas de pessoas singulares, por remissão, do art.º 17, n.º5 das RCDD.

O procedimento de *due diligence* que deve ser seguido pelas Instituições Financeiras em relação às ENF passivas é o seguinte:

- a) Saber se o titular da conta é uma ENF passiva, mediante a análise do estatuto constante da autocertificação.
- b) Se for uma ENF passiva, saber se o valor da conta excede o montante determinado no art.º 15 das RCDD, a fim de ser qualificada como sujeita ou não a comunicação.
- c) Se a conta da ENF passiva for uma conta sujeita a comunicação, identificar a residência fiscal das pessoas que exercem o controlo, com base numa autocertificação do titular da conta ou das pessoas que exercem o controlo, ou, inexistindo autocertificação, com base nos métodos previstos no art.º 8, do n.º2 ao n.º15 das RCDD.
- d) Se a conta da ENF passiva não for uma conta sujeita a comunicação, identificar a residência fiscal das pessoas que exercem o controlo, com base nas informações mantidas ou recolhidas mediante os procedimentos AML/KYC.
- e) Se dos preditos procedimentos resultar que as pessoas que exercem o controlo têm residência fiscal num Estado Membro, então a comunicação da conta é feita

---

<sup>121</sup> [OCDE [(2018), p.86]

relativamente às mesmas; se não tiverem residência fiscal num dos Estados Membros, a conta não é sujeita a comunicação em relação a ela até haver alguma alteração das circunstâncias, ou alguma informação fiável de que o resultado original do *due diligence* está incorreto.

Relativamente aos prazos em que as contas preexistentes de entidades têm de ser analisadas pelas Instituições Financeira, será até 31 de dezembro de 2017, se o valor exceder os USD 250 000 em 31 de dezembro de 2015. Para os casos em que a conta excede o predito valor depois de desta data, a análise tem de ser concluída no decurso do ano civil subsequente ao da verificação do facto.

Para os casos em que a Instituição Financeira verifique que alguma informação sobre a conta, incluindo, sobre os titulares da mesma, possa estar incorreta, deve a mesma rever rapidamente o estatuto da conta, no máximo, até ao último dia do ano civil relevante ou no prazo de 90 dias após o conhecimento de que as informações originais estão incorretas (art.º 19, n.º 1 e n.º 2 das RCDD). Deve aplicar ainda os procedimentos especiais previstos no art.º 19, n.º 2, obter uma autocertificação válida, ou, se permitido, outro meio de prova, e, em alguns casos, documentação adicional, tudo a fim de atestar a verosimilhança das informações originais. No caso de ser impossível verificar a verosimilhança nos preditos termos, o artigo estabelece três consequências para três situações: na determinação do titular como pessoa sujeita ou não a comunicação, a pessoa é considerada sujeita a comunicação; na determinação de se o titular da conta é uma Instituição Financeira, uma ENF ativa ou uma ENF passiva, o titular é considerado ENF passivo; na determinação se uma pessoa que exerce o controlo sobre uma ENF passiva está sujeita a comunicação, aplica-se a metodologia dos índices.

#### **E) Procedimentos de *diligência devida* para Contas Novas de Entidades**

Tal como nos procedimentos aplicáveis às entidades/titulares de conta preexistente, os procedimentos para entidades com contas novas são efetuados de duas maneiras diferentes, consoante sejam ou não ENF passivas.

Para verificar se uma entidade é pessoa sujeita a comunicação, é necessário obter uma autocertificação comprovativa da sua residência fiscal, e confirmar a verosimilhança da mesma com as informações que a Instituição disponha. Ou, se aquela não tiver residência para efeitos fiscais, considerar o endereço onde está localizado o estabelecimento

principal. Se residir num outro Estado Membro, o titular é uma pessoa sujeita a comunicação, a menos que não seja em relação ao seu Estado de residência (art.º 21, n.º 2, al. a) e b)).

Relativamente às ENF passivas: o processo de identificação baseia-se numa autocertificação do titular da conta (art.º 21, n.º 8, al. a)); as pessoas que exercem o controlo podem ser identificadas por recurso aos procedimentos AML/KYC (art.º 21, n.º 8, al. b)); e a determinação da sujeição da pessoa controladora a comunicação só pode ter por base uma autocertificação da mesma ou do titular da conta (art.º 21, n.º 8, al. c) e art.º 30).

#### **F) As Informações Financeiras sujeitas a Comunicação e Troca Automática**

Segundo o manual de implementação do CRS, de abril de 2018 [OCDE (2018 ), p. 99] as informações financeiras a trocar devem servir três finalidades principais: **1)** identificação do titular da conta e da conta financeira em si, **2)** identificação da instituição financeira onde a conta é mantida por parte da jurisdição parceira, **3)** e identificação da atividade ocorrente na conta e extraída do saldo da mesma. Mediante as mesmas, deve ser traçado o perfil do titular da conta (riscos associados) em consonância com as informações que declararam.

As IFR devem informar os titulares das contas que sejam pessoas singulares sobre a obrigação legal de proceder à recolha e transmissão dos dados que lhes dizem respeito (art.º 16, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de Maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de Outubro) com tempo de antecedência suficiente e necessário ao exercício dos seus direitos em matéria de proteção de dados.

Refere o art.º 6, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de Maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de Outubro que, a autoridade competente nacional, envia anualmente às autoridades competentes das jurisdições participantes, as informações comunicadas pelas IF sujeitas ao cumprimento dos procedimentos *due diligence* e de outras regras estabelecidas no capítulo II. Para a troca automática com Estados Membros, o prazo é de 9 meses a contar do termo do ano civil a que as informações digam respeito (art.º 6, n.º 7, b)).

Em geral, em relação a cada conta sujeita a comunicação, as instituições financeiras reportantes deverão comunicar à AT os seguintes elementos das contas financeiras:

- a) nome, endereço e número de identificação fiscal de cada pessoa que seja titular da conta sujeita a comunicação;
- b) o número da conta ou equivalente funcional
- c) o nome e número identificador da instituição financeira reportante
- d) o saldo ou o valor da conta, incluindo, no caso de contratos de seguro monetizáveis ou de contratos de renda, o valor em numerário ou o valor do resgate no final do ano civil em causa ou, caso a conta tenha sido encerrada no decurso desse ano, o seu encerramento.

No nº5 estabelece-se especificamente as informações respeitantes a determinados tipos de contas que devem ser também transmitidas. Quanto as contas de custódia (art.º 6, n.º5, a)), deve ser comunicado: o montante bruto total de juros, dividendos e de outros rendimentos gerados pelos ativos detidos na conta que sejam, em qualquer dos casos, pagos ou creditados na conta, ou relativos a essa conta, durante o ano civil relevante; a totalidade da receita bruta da alienação ou resgate dos ativos financeiros. Quanto às contas de depósito (art.º 6, n.º5, b)), é comunicado o montante bruto total dos juros pagos ou creditados na conta durante o ano civil relevante.

Em relação a qualquer outra conta (art.º 6, n.º5, c)) é sempre comunicado o montante bruto total pago, creditado ou reembolsado ao titular da conta relativamente à mesma, durante o ano civil relevante, em relação ao qual a instituição financeira seja o obrigado ou o devedor.

Quanto às entidades, titulares de determinada conta, controladas por pessoas sujeitas a comunicação, deve ainda ser comunicado o nome, endereço e número de identificação fiscal da entidade e o nome, endereço, número de identificação fiscal e data e local de nascimento de cada pessoa que exerça o controlo (art.º 6, n.º4, b)).

Nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de Maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de Outubro, as IFR estão obrigadas a comunicar à AT as informações de cada conta sujeita a comunicação até: a) 31 de julho de 2017, no que respeita às informações relativas ao período de tributação a partir de 1 de janeiro de 2016, respeitantes a residentes noutros Estados-membros, bem como noutras jurisdições em que foi acordado prestar as informações a partir da mesma data; b) 31 de julho de 2018 e dos anos subsequentes, no que diz a períodos de tributação

a partir de 1 de janeiro de 2017 e dos anos subsequentes, no que respeita às demais jurisdições participantes não abrangidas pela alínea anterior.

O tratamento dos dados recolhidos e comunicados pelas IFR à AT deve ser pautado por princípios que assegurem os direitos fundamentais e tributários dos contribuintes. Em relação ao princípio da transparência, aplicável a todo este procedimento de tratamento de dados, devem ser assegurados ao titular da conta, os direitos de acesso e à informação<sup>122</sup>; em relação ao princípio da finalidade, os dados só podem ser recolhidos e tratados para as finalidades subjacentes ao CRS.

Importa ainda referir, que os dados extraídos das contas financeiras, cujos titulares sejam pessoas singulares, são *dados pessoais*, razão pela qual, são-lhes aplicáveis os respetivos regimes de proteção<sup>123</sup>. Com efeito, a todo o cruzamento de dados financeiros efetuado sob o regime do CRS, aplicam-se os respetivos regimes de proteção de dados pessoais, sendo as Instituições Financeiras Reportantes e a Autoridade Tributária e Aduaneira, entidades responsáveis pelo tratamento de dados pessoais transmitidos e recebidos ao abrigo da Norma Comum de Comunicação (art.º 16, n.º 2 Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de Maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de Outubro); e também, para efeitos da al. d) do art.º 3 da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 95/46/CE, do PE e do Conselho, 24/10/95, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dados pessoais e à livre circulação desses dados.

---

<sup>122</sup> Importa, no entanto, referir, que o direito à informação relativa à identificação da autoridade requerente e a natureza das informações requeridas (*art.º 14, n.º 3 do DL*) cessa estando em causa a prestação automática de informações (*art.º 14, n.º 4, al. b*)).

<sup>123</sup> De facto, na aceção do art.º 3, al. a) da Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro (Lei da Proteção de Dados Pessoais), os dados pessoais transportam elementos que, direta ou indiretamente, são suscetíveis de identificar essa pessoa, tal como são, por evidência, os dados financeiros das pessoas singulares sujeitas a comunicação. De igual modo, à troca de informações financeiras, está subjacente, todo um processo de *Tratamento de Dados Pessoais*, pois reclama, a recolha, registo, processamento, utilização e comunicação de informações sobre as contas financeiras e respetivos titulares (art.º 3, al. b) da LPDP).

## Capítulo V – A Derrogação do Sigilo Bancário para efeitos Fiscais

### Secção I – Enquadramento Legislativo e Evolução

#### 1. Conceito de Sigilo Bancário

De origem antiga, o sigilo bancário nasceu como um dever de segredo profissional, construído pelos costumes de ética mercantil e de moral dos negócios que regiam as relações bancárias e mercantis. A organização e atividade bancária era considerada de natureza sigilosa, impondo-se aos banqueiros características de prudência e de descrição em razão da sua profissão, *“nenhum banqueiro conhecido pela indiscrição seria procurado pelos clientes.”*<sup>124</sup>

Com efeito, numa primeira análise, o sigilo bancário surge em razão da própria profissão bancária, e pode ser definido como uma obrigação geral dos bancos não revelarem as informações que venham a obter em virtude da atividade bancária a que se dedicam.

Assim o define **Juan Carlos Mallagarriga**<sup>125</sup>, dizendo que se trata de uma *“obrigação imposta aos Bancos de não revelar a terceiros, sem causa justificada, os dados referentes a seus clientes que cheguem a seu conhecimento como consequência das relações jurídicas que os vinculam”*.

Com a internacionalização das operações bancárias, cuja particularidade reside na repetição dos mesmos esquemas, despertou-se a necessidade de criar instrumentos sólidos para a defesa do sigilo bancário, mediante a intervenção do Estado na positivação de leis. Sendo curioso que, a similaridade das técnicas neste setor a nível internacional, particularidade destacada neste setor, acabou por despontar um processo de uniformização do Direito Bancário.

Na generalidade das jurisdições, as instituições bancárias, enquanto sujeitos passivos da obrigação de sigilo bancário, estão subordinadas a leis do sistema financeiro nacional, que exigem à atividade profissional bancária toda uma prática de confidencialidade.

---

<sup>124</sup> [Cordeiro, A.M (2014) p. 21]. Vide CORDEIRO, António Menezes (2014) *“Sigilo Bancário: fica a saudade?”*, Temas De Direito Bancário I, in Cadernos o Direito, nº8/2014, Coimbra, Almedina

<sup>125</sup> *“El secreto bancario”*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. Afirmção consultada em *“Sigilos Bancário e Fiscal: Possibilidade de Quebra pela Advocacia-Geral da União e Limites”*, p. 465 [Peixoto, J.R.C (2011), p. 465]



Os dados dos clientes devem ser reservados ao conhecimento apenas do banco para os fins necessários, como sejam a concessão ou negação de um crédito. Este dever de confidencialidade incide sobre qualquer movimento e dado pessoal que tenha sido fornecido à instituição pelo depositante.

Não obstante, é usual reconhecer a um conjunto de entidades e funcionários das instituições, a possibilidade de utilizarem essa informação, para efeitos de auditoria ou fiscalização dos dados bancários dos depositantes.

Para além da teoria do segredo profissional, que encontra a existência do sigilo bancário na própria natureza pública da atividade bancária e em razão da profissão do bancário, existem outras teorias que tentam encontrar um fundamento para o instituto do sigilo bancário <sup>126</sup>. Para a **teoria contratualista**, o dever de sigilo decorre da relação contratual estabelecida entre o cliente e o banco; quando o cliente celebra o contrato com o banco nasce uma cláusula implícita de obrigação acessória de proibição de divulgação dos dados das operações financeiras que daí em diante iriam ocorrer.

Segundo a ótica de Menezes Cordeiro<sup>127</sup>, o dever de segredo inserido numa relação contratual advém do dever de boa-fé e é uma concretização da tutela de confiança, por isso, à partida, consubstancia-se num dever acessório. *“Todas as informações ou conhecimentos que um co-contratante obtenha, por via do contrato, não devem ser usados, fora do âmbito do contrato, para prejudicar a outra parte ou fora das expectativas dela.”*

Para a **teoria consuetudinária ou do uso mercantil**, o segredo dos dados das operações bancárias tem o seu fundamento nos usos e costumes, que historicamente sempre foram aceites e adotados pelos bancos; pelo que, assim que a relação contratual é estabelecida é validado o direito de reserva. Para a **teoria da responsabilidade civil extracontratual**, a justificação do dever de sigilo bancário decorre da responsabilidade que sobre as instituições impende em prever as consequências danosas que advém da derrogação procedida fora dos limites legais, para a imagem do cliente; uma divulgação não

---

<sup>126</sup> PEIXOTO, José Roberto da Cunha (2011), *“Sigilos Bancário e Fiscal: Possibilidade de Quebra pela Advocacia-Geral da União e Limites”*, in *Sigilos Bancário e Fiscal – Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*, Belo Horizonte, Brasil, p. 469.

<sup>127</sup> [Cordeiro, A.M (2014) p. 19]

autorizada dos dados dos clientes traz consequências de ordem civil, ou seja, a obrigação de reparação dos danos.

A *teoria do direito à intimidade*, fundamenta o sigilo bancário no princípio constitucional do direito à intimidade e na dignidade humana, no sentido de proteção da zona intimida do indivíduo que implica a restrição de tornar público as informações sobre as operações sem a sua autorização. De facto, o conhecimento extraído da análise dos dados fornecidos pelo titular da conta, permite às Instituições Financeiras, conhecer o perfil individualizado do cliente e não só.

Também a figura do sigilo bancário pode estar justificada, não por razões ligadas ao direito à intimidade da vida privada do titular, mas antes, por razões ou interesses económico-financeiros, com o intuito de salvaguardar o sucesso da atividade bancária em determinada sociedade e o seu contributo para o desenvolvimento económico do país.

## 2. Ordenamento Português

O instituto do sigilo bancário embora não esteja expressamente consagrado na constituição portuguesa como direito jus fundamental, é, geralmente, acolhido enquanto corolário do princípio da inviolabilidade da vida privada e da comunicação de dados. Assim o defende Menezes Cordeiro *“Em termos jurídico-positivos, o segredo bancário começa por se apoiar na própria Constituição e, designadamente, nos seus artigos 26.º/1 (intimidade da vida privada e familiar) e 25.º (integridade moral das pessoas).”*<sup>128</sup>

Em Portugal, o sigilo bancário surgiu, pela primeira vez, com o art.º 221 do Regulamento Administrativo do Banco de Portugal, de 1891 (ou 1847?), onde se referia que, *“as operações do Banco e os depósitos dos particulares serão assuntos de segredo para todo o pessoal da sede e das delegações, qualquer que seja a sua categoria. Os empregados que as revelarem serão repreendidos, se da revelação não resultar dano; resultando serão despedidos”*. O Banco de Portugal vem definido na Constituição da República Portuguesa, como sendo o banco central nacional, a que incumbe desempenhar um importante papel na definição e implementação das políticas monetárias e financeiras. Ele serve de instrumento para o Estado assegurar que as políticas relacionadas com o funcionamento das instituições financeiras, nomeadamente, as regras de conduta, são

---

<sup>128</sup> [Cordeiro, A.M (2014) p. 29 e 30]

efetivamente implementadas no território português. Daí que não seja de estranhar que a origem do instituto do sigilo bancário remonte a um regulamento relativo ao mesmo, sendo o banco central munido de poderes de supervisão sobre as demais instituições financeiras.

Era proibido expressamente a revelação de operações do banco e de depósitos particulares, sob pena de sanção disciplinar, que, no limite, levaria ao despedimento. Não obstante, Menezes Cordeiro alerta para o facto de perante os Códigos Penais de 1852 e de 1884 não existir tutela penal bancária.<sup>129</sup>

Seguidamente, a fim de ser dado tratamento unitário sobre a matéria, o Decreto-Lei n.º 2/78, de 9 de janeiro, introduziu no ordenamento jurídico português o regime geral do sigilo bancário. Este diploma foi criado com o propósito, específico, de regular aprofundadamente o instituto do sigilo bancário, e de forma uniforme. A proteção conferida fora de tal forma forte, que nem se previa a possibilidade de derrogação para o efeito de cooperar com autoridades judiciais. Daqui, excecionou-se a Alta Autoridade contra a Corrupção criada pelo DL 369/83 e o regime penal do consumo e tráfico ilícito de drogas.

Em 1967, deu-se a primeira consagração legislativa do segredo bancário. Com a criação do Serviço de Centralização de Riscos de Crédito, a imposição de segredo bancário prevista passou a ser vinculativa para todas as instituições de crédito, no Decreto-Lei n.º 47/909, de 7 de setembro. Segundo o n.º 1 do artigo 6.º deste diploma, a violação do dever de segredo constituía crime de violação de segredo profissional, punível pelo artigo 290.º do Código Penal de 1886. As instituições estavam legalmente proibidas de utilizar os elementos informativos de crédito para outros fins diversos que não fossem os previstos na lei; não estando prevista a utilização para fins fiscais.

Com o DL 298/92 de 31 de Dezembro de 1992, todo o decreto do sigilo bancário foi revogado, tendo sido aprovado o **Regime Geral das Instituições de Créditos e Sociedades Financeiras**. É neste diploma que podemos ver a disciplina do sigilo bancário, em específico, nos artigos 78.º a 84.º do RGICSF, integrados no capítulo II intitulado segredo profissional.

---

<sup>129</sup> [Cordeiro, A.M (2014) p. 25]

Começa por referir o art.º 78 n.º1 deste diploma que, *“Os membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”*.

Assim, os nomes dos clientes, as contas de depósitos, e as suas transações, estão sujeitas a segredo por partes dos intervenientes das instituições. Todavia, dispõe o art.º 79 n.º1 e n.º2 do RGICSF que, os factos ou elementos relativos à relação do cliente com a instituição, podem ser revelados mediante autorização do cliente.

Fora deste caso, os elementos cobertos pelo segredo bancário, só podem ser revelados: *a)* ao Banco de Portugal, no âmbito das suas atribuições; *b)* à comissão do Mercado de Valores Mobiliários, no âmbito das suas atribuições; *c)* à Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, no âmbito das suas atribuições; *d)* ao Fundo de Garantia de Depósitos, ao Sistema de Indemnização aos Investidores e ao Fundo de Resolução, no âmbito das suas atribuições; *e)* às autoridades judiciais, no âmbito de um processo penal; *f)* à Administração Tributária, no âmbito das suas atribuições; *g)* quando exista outra disposição legal que expressamente limite o dever de segredo.

Acontece, porém, que nem sempre foi assim. A violação do segredo bancário estava só justificada no conjunto de algumas situações previstas nas alíneas; e nele não estava contemplada a hipótese de serem revelados os elementos do cliente à Administração Tributária. Quanto a esta hipótese, era necessário que existisse uma lei que expressamente impusesse a obrigação das instituições fornecerem informações.

Só com a Lei n.º 94/2009, de 1 de Setembro, que aprovou as medidas de derrogação do sigilo bancário, alterando pela décima sexta vez, o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, é que foi aditada a possibilidade de derrogar o segredo bancário em prol da administração tributária<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> Para além disso, foram também alterados os artigos 63.º, 63.º-A, 63.º-B, 87.º e 89.º-A da Lei Geral Tributária. Segundo o art.º 63.º-A n.º2 da LGT, as IF e SF passaram a estar obrigadas a comunicar à Direcção-Geral dos Impostos até ao final do mês de Julho de cada ano, as transferências financeiras que

Quanto ao acesso a informação coberta pelo sigilo bancário, nos primórdios da legislação fiscal portuguesa, os artigos 63.º e 64.º da LGT determinavam que a AT só podia aceder mediante requerimento fundamentado dirigido ao Tribunal, e na sequência de recusa de cooperação por parte do contribuinte. Esta era a regra geral, que não conhecia exceções.

A Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro introduziu, pela primeira vez, um desvio à dependência de autorização judicial no acesso a informações cobertas pelo sigilo bancário; tendo, ao mesmo tempo, aditado os novos artigos, 63.º-A, 63.º-B, 64.º-A e 89.º-Aº da LGT e colocado as Instituições Financeiras em estreita cooperação com a Administração Tributária, mediante a comunicação de determinados elementos de contas e transações financeiras<sup>131</sup>.

Assim, a partir desta inovação legislativa, excecionalmente, o acesso não judicial a informações cobertas pelo sigilo bancário pela AT, passou a ser permitido para os *“casos em que a lei admite a derrogação do dever de sigilo bancário pela administração tributária sem dependência daquela autorização”* (art.º 63, n.º 2 da LGT na redação dada pela Lei n.º 30-G/2000 de 29 de dezembro). Por sua vez, foi criado o art.º 63-B da LGT de epígrafe *“Acesso a informações e documentos bancários”*, onde passaram a estar previstos os casos atribuidores de *“luz verde”* à derrogação do sigilo bancário pela AT.

Pelo n.º 2 do art.º 63 – B LGT, a AT podia aceder a *“todos os documentos bancários”*, nos casos em que estivessem reunidos os pressupostos para o recurso a uma avaliação indireta (por ex., impossibilidade de comprovação e quantificação correta da matéria tributável), ou em que o contribuinte apresentasse manifestações de fortuna, ou em que houvesse indícios de prática de crime fiscal doloso, ou em que fosse necessário comprovar a aplicação de subsídios públicos. Não obstante, era necessário estarem reunidas três condições gerais: fundamentação da decisão da AT (*i.e.* expressa menção dos motivos justificadores); haver recusa de exibição ou de autorização para consulta dos preditos documentos; e ter sido precedida de audição prévia do contribuinte.

---

tenham como destinatário entidade localizada em país, território ou região com regime de tributação privilegiada mais favorável.

<sup>131</sup> As IF passaram a ficar sujeitas a mecanismos de informação automática sobre transferências transfronteiriças nos termos do n.º 1, do art.º 63.º-A; a transmitir elementos das contas financeiras, como por exemplo, o valor dos pagamentos feitos com cartões de crédito e de débito a sujeitos passivos que auferiram rendimentos da categoria B de IRS e de IRC (n.º 2, art.º 63-A).

As várias mudanças legislativas que foram autorizando a AT, em casos especiais, aceder a informação bancária, sem autorização judicial expressa, consubstanciavam uma **exceção à regra geral** de que o acesso a informação coberta pelo sigilo bancário estava dependente de uma prévia autorização judicial.

Num contexto, vivido a nível mundial, de combate ao fenómeno dos paraísos fiscais, o levantamento do sigilo bancário foi alargado com o novo n.º 2 ao art.º 63.º - A da LGT introduzido pela Lei n.º 94/2009, de 01 de Setembro, ao obrigar as Instituições Financeiras a comunicarem ao fisco, de forma automática, as transferências financeiras que tenham como destinatário entidade localizada em país, território ou região com regime de tributação privilegiada mais favorável.

Para além disso, a Lei n.º 94/2009, de 01 de Setembro, descrita como sendo a nova lei do sigilo bancário, alterou o RGIFSC relativamente ao art.º 79 *‘Exceções ao dever de segredo’*, determinando a autoridade tributária como entidade competente no acesso a informações cobertas pelo sigilo bancário sem autorização do titular da conta.

Só a Lei n.º 37/2010 de 2 de setembro veio transformar tal exceção, numa regra, abolindo, definitivamente, a dependência de autorização judicial para o acesso a informação protegida pelo sigilo bancário.

Na nova redação dada ao art.º 63 da LGT, o sigilo bancário fora subtraído do texto do n.º 2 que previa a regra geral de autorização judicial para a derrogação de regimes sigilosos, remetendo o aditado n.º 3 do mesmo artigo, a regulação de tal acesso, ao disposto nos artigos 63.º-A, 63.º-B e 63.º-C. Assim, ao contrário, por exemplo, do sigilo profissional, cuja a derrogação pela a AT continuava a ter de respeitar a regra geral, a derrogação do sigilo bancário, que antes da Lei n.º 37/2010 de 2 de Setembro estava sujeita a autorização judicial, passou a ficar exclusivamente sujeita aos requisitos dos pré-referidos artigos.

No entanto, o âmbito do acesso direto a informações financeiras determinado pelo art.º 63 -B da LGT mantinha-se circunscrito a casos específicos, como a ocultação de rendimentos, verificação da conformidade de registos contabilísticos e a aplicação de benefícios fiscais.

A evolução da cooperação fiscal portuguesa a nível internacional, determinou que o âmbito do predito artigo fosse alterado para incluir os casos em que Portugal tem de dar cumprimento às obrigações resultantes dos seus compromissos fiscais internacionais.

Com efeito, acesso a informações financeiras é livre quando *“solicitadas nos termos de acordos ou convenções internacionais em matéria fiscal a que o Estado português esteja vinculado”*, segundo a nova alínea h), introduzida pelo art.º 220 da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro respeitante ao Orçamento de Estado para o ano 2015, lei que, como referido, criou o Regime de Comunicação de Informações Financeiras no âmbito do acordo bilateral FACTA com os EUA.

### **3. Violação de Direitos?**

Apesar do sigilo bancário ter surgido como um dever de índole profissional, e de confiança contratual no depositário dos dados, há um direito que a ele se contrapõe, e que está relacionado com a intimidade do titular da conta. Como referido, a *teoria do direito à intimidade*, fundamenta o sigilo bancário nesse mesmo princípio constitucional, por se considerar estarem em causa elementos que, indiretamente, respeitam à vida privada/íntima/não exposta do titular da conta, e que só o mesmo tem a liberdade de escolher a quem revelar.

Refere Menezes Cordeiro que o *“segredo deixa, progressivamente, de ser uma exigência da tranquilidade contratual e da confiança bilateral, surgida entre os contratantes.”*<sup>132</sup> O sigilo bancário enquanto dever, passa a estar associado à oponibilidade dos seus efeitos em relação a terceiros: *“(...) o problema põe-se não já perante indiscrições do cocontratante, mas em face de outras entidades que, a qualquer título, tenham – ou possam ter – acesso às informações”*.

Há um conjunto de informações que os clientes estão legalmente obrigados a prestar no início e duração da relação contratual com as instituições financeiras. Com efeito, a abertura de uma conta financeira implica, para o titular da conta, a exposição de um conjunto de dados pessoais relativos ao seu património, rendimentos e acontecimentos da vida privada. Tais informações permitem construir um perfil individualizado do titular da conta e, ao serem monitorizadas as preferências do titular, manifestadas nas suas escolhas financeiras, facilmente é lhe associado um conjunto de características específicas<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> [Cordeiro, A.M (2014) p. 20]

<sup>133</sup> A própria Comissão Nacional de Proteção de Dados, no seu parecer nº22/2016, 5 de julho, proc. nº 9180/2016, afirmou que os dados bancários são dados sensíveis, aquando da apreciação de uma proposta legislativa que determinava para as Instituições Financeiras o dever de comunicar à AT dados sobre contas bancárias.

Como refere Menezes Cordeiro “*O banqueiro pode, através da análise dos movimentos das contas de depósito ou dos movimentos com cartões, seguir a vida dos cidadãos (...)*” [Cordeiro, A.M (2006) p. 265]

Para o direito ao segredo bancário, pertencente ao titular da conta, poder ser considerado como um direito fundamental, ele terá de ser amparado na Constituição como corolário de um outro direito ou princípio, já que não existe menção expressa ao mesmo. Não obstante, não deixa de ser um direito surgido com a consagração nas ordens jurídicas e que é juridicamente garantido pelas mesmas<sup>134</sup>.

Decorrerá o mesmo do direito à privacidade/intimidade do titular? Serão os dados bancários informações que caracterizam verdadeiramente a vida da pessoa?

O termo privacidade está associado a aspetos privados da vida de uma pessoa e o termo intimidade, ‘*significa aquilo que é extremamente pessoal e diz respeito aos atos sentimentais ou pensamentos mais íntimos de alguém*’.

Numa frase, são informações cujo conhecimento por terceiros só pode suceder quando o próprio indivíduo decide transmitir<sup>135</sup>, sendo este consentimento, ‘*uma limitação voluntária de um direito de personalidade – o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (...)*’<sup>136</sup>.

Elementos como, as despesas e receitas da pessoa, que se podem aferir da análise dos movimentos bancários, torna perceptível os gostos pessoais que se associam a um determinado perfil de vida do depositante; é neste sentido que o acesso às contas bancárias e inclusive aos movimentos bancários, podem revelar aspetos da intimidade do indivíduo, titular da conta, que não pretende revelar a sua capacidade financeira a terceiros.

Por isso, a maioria da doutrina e da jurisprudência, aceita o direito ao segredo bancário como uma decorrência do direito à privacidade, à liberdade de escolher divulgar os dados pertinentes à sua esfera privada. Também na jurisprudência constitucional portuguesa, o Tribunal Constitucional tem entendido, fazer **parte do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada**, as informações financeiras relativas à situação

---

<sup>134</sup> Razão pela qual é um direito limitado, ao contrário dos direitos do homem; neste sentido, Mary Elbe Gomes, diz que os direitos do homem ‘*são válidos para todos os povos, em todos os tempos, por serem inerentes à condição humana e que são anteriores e estão acima de qualquer ordem jurídica, visto que são invioláveis, intemporais e universais (...)*’ [Queiroz, M.E (2013), p.303]

<sup>135</sup> [Queiroz, M.E (2013), p.303]

<sup>136</sup> [Cordeiro, A.M (2014) p. 30]



económica espelhada na conta bancária do cidadão, tendo afirmado, em acórdão proferido no processo n.º 278/95, que o segredo bancário surge “*como um instrumento de garantia desse direito.*”

Com efeito, não obstante, poderem estar em causa dados e informações com conteúdos meramente económicos, a ideia que preside à proteção da vida íntima do sujeito, é a de que eles acabam por transportar, expressa ou implicitamente, informações respeitantes à vida privada do indivíduo.

O sujeito em questão é titular do direito à liberdade, neste caso, liberdade de escolher não querer comunicar os dados. Esta liberdade advém, por outro lado, do direito de propriedade que exerce sobre os mesmos. Assim, é irremediável a ideia que parte da vida privada de um cidadão está retratada na sua conta bancária.

Mas a questão que se coloca é saber até que ponto a derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais pode consubstanciar uma violação ao direito à intimidade e privacidade do titular da conta/contribuinte e se essa violação está justificada na necessidade de os Estados aferirem a capacidade contributiva dos contribuintes.

Eventual alegação precipitada, de que o levantamento do sigilo bancário para efeitos fiscais, provoca uma violação de direitos fundamentais, sem se ponderar os termos circunstanciais da necessidade do acesso, acaba por colocar restrições à atividade fiscal dos Estados, ainda para mais, no atual momento em que vivemos, em que a globalização da economia, aliada ao crescimento do comércio internacional informatizado, criam dificuldades adicionais ao exercício do poder tributário. Como afirma Vasco Guimarães [Guimarães, V.B (2011), p. 165] “*O carácter fundamental dos direitos implica uma graduação e desqualificação dos poderes de inspeção.*”

Além disso, não nos podemos esquecer que o método da autoliquidação está presente na maioria dos sistemas tributários e que, em geral, os impostos são liquidados com base nos elementos fornecidos pelos contribuintes, elementos estes dificilmente obtidos pelas administrações tributárias. Com efeito, sob pena de se viver uma “*hipocrisia fiscal*”<sup>137</sup>, tal sistema implica dotar as administrações tributárias de meios mais fortes de

---

<sup>137</sup> SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes (2011), “*Segredos Bancário e Fiscal Relacionados com a Administração Tributária e o Ministério Público*”, in Sigilos Bancário e Fiscal – Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves, Belo Horizonte, Brasil, p. 24.

fiscalização, exatamente porque aliada à dificuldade de obter os elementos está a dificuldade em confrontar a veracidade dos mesmos.

Com efeito, a derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais tem de, necessariamente, ser contextualizada na atual mudança de paradigma na forma como é vista a tributação e os direitos dos contribuintes, inclusive no tocante à proteção da reserva da vida privada e da intimidade destes, correlacionada com a crescente necessidade de prosseguir uma maior transparência fiscal e combater o fenómeno da fraude fiscal. *‘Este, portanto, é um campo em que se faz necessária a cuidadosa ponderação de valores, pois existem direitos e deveres envolvidos que têm que ser harmonizados e que requerem a observância da razoabilidade e proporcionalidade no exame dos interesses em aparente tensão’*<sup>138</sup>

Não nos podemos esquecer que o contribuinte tem o dever de prestar declarações sobre os rendimentos que auferir; há uma responsabilidade que sobre ele recai. Havendo incumprimento, toda a sociedade sofre, e o interesse público deixa de ser prosseguido. Desde a evolução do Estado liberal para o Estado social, constatamos que a individualidade deixou de ser sobrevalorizada em prol do interesse coletivo. Passou a haver maior responsabilidade social, mais ponderação daquilo que é prejudicial à prossecução do interesse público e um maior sacrifício dos interesses privados.

Com efeito, o acesso da Administração Tributária aos dados bancários dos contribuintes mantidos pelas instituições financeiras, é uma realidade que leva a questionar se há de facto uma violação do direito à privacidade.

Há quem entenda que o direito à privacidade não abarque o sigilo bancário, e, por conseguinte, não há violação do primeiro direito, em circunstâncias em que é a Administração Tributária a ter acesso aos dados bancários, sustentado pelo facto do contribuinte estar obrigado a divulgar os seus rendimentos, transações e outros acontecimentos financeiros. **Mary Elbe Gomes Queiroz** refere, a propósito da intimidade e da privacidade, que *‘não podem ser alcançados por tais conceitos dados económico-patrimoniais a respeito dos quais o sujeito esteja legalmente obrigado a informar às autoridades fiscais, como um dever decorrente de outros princípios*

---

<sup>138</sup> [Queiroz, M.E (2013), p. 297]

*igualmente relevantes, como a igualdade, a solidariedade e a capacidade contributiva*’<sup>139</sup>.

**Saraiva Filho** considera *“que não tem muito sentido conceber que o contribuinte poderia alegar direito à vida privada, para se negar a prestar, em obediência à determinação legal, informações ao Fisco de fatos de conteúdo económico, que, embora possam, eventualmente, revelar algo da vida privada, sejam indispensáveis, caso contrário, haveria uma enorme dificuldade de o Fisco tributar corretamente, segundo a lei, com a observância, na realidade, dos princípios constitucionais tributários da pessoalidade do imposto de renda e da capacidade contributiva(...)*”<sup>140</sup>. Assim, para este autor, os factos da vida económica do contribuinte constantes nos bancos não podem ser considerados sigilosos para a administração fiscal em nome da proteção da vida privada e da confidencialidade dos dados informáticos, na medida em que tais factos têm de ser declarados pelo contribuinte em cumprimento dos deveres fiscais acessórios.

Na ordem jurídica portuguesa, a Lei Geral Tributária, parece seguir a posição destes autores. O art.º 63, n.º 5, al. b) da Lei Geral Tributária, exclui da lista de causas que legitimam a falta de cooperação do contribuinte, o acesso da AT a elementos abrangidos pelo segredo bancário, não os identificando como sendo factos da vida íntima do cidadão, cujo o acesso já pode ser recusado legitimamente nos termos da al. c), n.º 5, art.º 63 LGT. O que parece querer dizer que, as informações cobertas pelo sigilo bancário não são, face à Autoridade Tributária, e no exercício da sua competência inspecionadora, informações incluídas na vida íntima dos cidadãos.

Se por um lado temos defensores que o carácter da vida privada espelhada nos dados bancários terá de ser relativizado perante outros valores de interesse público, como a justiça na tributação, por outro lado, Menezes Cordeiro entende que *“segredo protege a personalidade, no sentido pleno do termo.”*, sendo *“totalmente insuficiente afirmar que “a administração da justiça deve prevalecer sobre a proteção do consumidor de serviços financeiros e da confiança na banca”*”<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> [Queiroz, M.E (2013), p. 303]

<sup>140</sup> [Saraiva Filho (2011), p. 26]

<sup>141</sup> [Cordeiro, A.M (2014) p. 33]

No Ac. do TCA Sul, de 10 de Janeiro de 2006, proc. n.º 00955/05<sup>142</sup>, o tribunal reconheceu na figura do sigilo bancário *“duas vertentes, uma de salvaguarda de interesses privados, impedindo a devassa da intimidade da vida privada (art. 26º da CRP), outra, de salvaguarda de interesses públicos, garantindo o clima de confiança necessário ao regular funcionamento da actividade bancária”*, logo, o *“preceito que permite o acesso à informação bancária dos contribuintes, não pode e não deve, porque não foi essa a intenção do legislador, permitir o acesso irrestrito à documentação bancária dos cidadãos sob pena de violação de direitos, liberdades e garantias consagrados constitucionalmente, nomeadamente no art. 26º, nº1 da CRP.*

Na jurisprudência constitucional portuguesa, o Tribunal Constitucional, no proc. n.º 278/95<sup>143</sup>, começou por conferir, como já referenciado, proteção constitucional ao segredo bancário pelo art.º 26 da CRP, pois *“o conhecimento dos seus movimentos activos e passivos reflecte grande parte das particularidades da vida económica, pessoal ou familiar dos respectivos titulares.”* Com efeito, num primeiro plano, a restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada operada pela derrogação do segredo bancário, só será constitucional quando constar *“de lei da Assembleia da República ou de decreto-lei autorizado emitido no uso de autorização legislativa”*; num segundo plano, a restrição terá de *“obedecer aos requisitos que os n. ºs 2 e 3 do artigo 18º da Lei Fundamental impõem às leis restritivas dos direitos, liberdade e garantias”*. Tendo por base tais parâmetros, o TC decidiu-se pela inconstitucionalidade da alínea e) do art.º 57 do DL n.º 513 Z/79, de 27 de dezembro relativo ao acesso autorizado a informações contidas nas contas bancárias, por comportar uma restrição operada por decreto lei não autorizado.

A dimensão constitucional do sigilo bancário não lhe confere, porém, uma natureza absoluta, referindo o TC no acórdão em análise que *“ele pode sofrer restrições impostas pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”* A necessidade inerente ao conhecimento de informações bancárias para finalidades fiscais, está associada à proteção de outro bem constitucionalmente protegido: *“a distribuição equitativa da contribuição para os gastos públicos.”*

---

<sup>142</sup> Texto integral disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>143</sup> DR II Série de 28-7-95

Também no Ac. n.º 602/2005<sup>144</sup>, proc. n.º 514/2005, o Tribunal Constitucional, considerou justificado o acesso administrativo fiscal a elementos bancários enquanto mecanismo recente de verificação da situação fiscal do contribuinte, na medida em que o conhecimento seja **imprescindível** para proteger a distribuição equitativa da carga tributária e o dever constitucional de pagar impostos. Refere o doutro acórdão que ao legislador não pode ser vedada, *‘em face da indesmentível dificuldade de se obter uma visão da realidade tributária sem o conhecimento dos dados resultantes das operações bancárias dos contribuintes, a possibilidade de, no diploma credenciado, entre os vários procedimentos a adoptar, se contarem os adequados à aquisição daquele conhecimento que, em caso de recusa do visado, só seriam cognoscíveis por determinação judicial’*

Já no Ac. do TC, n.º 42/2007, Processo n.º 950/2006<sup>145</sup>, em que se discutia a constitucionalidade do acesso a informações bancária por decisão do Ministério Público, o tribunal perfilhou o entendimento que *‘a vida privada compreende núcleos distintos, um ligado à essencialidade da reserva da intimidade pessoal, referenciada aos direitos de personalidade (...) tutela mais apertada e exigente, (...) outro que, ligado embora ao conceito de privacidade, não atinge o conceito de íntimo havendo ainda quem identifique um que constitui a esfera social’*. O tribunal entendeu que a derrogação do sigilo bancário não se inseria no núcleo da intimidade e da *‘essencialidade dos direitos de personalidade’* e por isso não era tutelado pelo art.º 26 da CRP com o mesmo grau de proteção conferida a outras áreas da vida pessoal. A tutela constitucional do segredo bancário encontra razão de ser, em função da esfera privada da vida do cidadão, numa abordagem social e económica, onde é admitida uma maior compressão, ao contrário da esfera íntima, assim, defendeu o tribunal que *‘O âmbito da privacidade atingido pelo levantamento do sigilo bancário não é equiparável à liberdade pessoal (afectada com a aplicação de medidas de coacção) ou ao núcleo da reserva de privacidade que é afectado com uma escuta telefónica ou com uma busca domiciliária.’*

Em conclusão, regra geral, a jurisprudência portuguesa entende a derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais, como restrição operada, de certa forma, no direito fundamental à reserva da vida privada. Admite-o, porém, como direito não absoluto, suscetível de ser restringido nos termos do art.º 18 da CRP, quando seja necessário

---

<sup>144</sup> Texto integral disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

<sup>145</sup> Texto integral disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

assegurar a prossecução do interesse público, como seja, a distribuição da carga fiscal segundo a capacidade contributiva de cada um, e o suporte dos gastos financeiros do Estado; casos estes, em que a violação se encontrará justificada.

## **Secção II – A Troca Automática de Informações Financeiras: a Dissipação do Sigilo Bancário para efeitos fiscais?**

### **1. Conclusões Finais**

Recuando ao ano 2000, o acesso a informações bancárias para efeitos fiscais reconduzia-se a casos *“exceção à regra”*, *“most countries permit tax authorities to obtain access to bank information through an exception to the general rule or law that establishes the confidentiality of bank information. In a small number of countries, this access is limited to situations involving criminal proceedings or tax fraud”* [OCDE (2000), p. 34]. Tais circunstâncias, limitavam a capacidade das administrações fiscais, não só a nível interno, como obstaculizavam o funcionamento dos mecanismos de intercâmbio de informações a nível internacional. Razão pela qual, a OCDE, concretamente, o Comité para os Assuntos Fiscais, publicou, em abril de 2000, o referenciado relatório sobre o acesso a informações bancárias para propósitos fiscais, cujo o foco era melhorar tal acesso para a troca de informações precedida de um pedido específico sobre informações relativas a um contribuinte específico.

Em 2002, a OCDE publicara um Modelo de Acordo para a Troca de Informações em matéria fiscal, na modalidade de troca a pedido, no qual se passara a incluir, expressamente, a troca de informações bancárias. As jurisdições interessadas neste modelo, teriam de assegurar as condições necessárias para as suas autoridades competentes poderem obter informações dos bancos ou de outras instituições financeiras.

O Fórum Global, em reunião de Julho de 2004, realizada em Berlim, evidenciou ser importante, a criação de um ambiente igualitário a nível global, no respeitante ao acesso a informações bancárias para efeitos fiscais, *“in which all significant financial centres meet the high standards of transparency and effective exchange of information on both civil and criminal taxation matters.”*<sup>146</sup>[OCDE (2004), p. 8]. O ponto de partida seria

---

<sup>146</sup> OCDE (2004), *“A Process for Achieving a Global Level Playing Field, OCDE Global Forum on Taxation”*, Berlim, 3-4 June 2004. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/31967501.pdf>

uma mudança legislativa interna em cada jurisdição, *“Action at the individual country level is important to achieving a level playing field in the areas of transparency and effective exchange of information in tax matters”* [OCDE (2004), p. 4].

Em 2005, também o art.º 26 da CMOCDE foi sujeito a alterações vocacionadas a coincidir com o relatório de 2000 sobre melhorar o acesso a informações bancárias para fins fiscais. Com o aditamento do n.º 5 ao art.º 26 da CMOCDE, a legislação doméstica, relativa ao sigilo bancário, deixou de poder ser usada pelos Estados contraentes a fim de declinarem-se a prestar informações. Não obstante reconhecer-se a importância de tal aditamento, a verdade é que a efetiva troca de informações continuava dependente do funcionamento do regime nacional do sigilo bancário, quer no Estado requerente, quer no Estado requerido<sup>147</sup>, que podiam ajustar as condições da referida cláusula aos seus regimes constitucionais, legais e procedimentais.

Em 2009, o G20 assumiu a liderança na luta contra o sigilo bancário, ameaçando incluir os próprios países da OCDE na lista negra de jurisdições não cooperantes e o Fórum Global para a Transparência e Troca de Informações em matéria fiscal, ficara encarregue de assegurar a implementação do padrão mundial para a troca de informações pelos Estados, correspondente à troca de informações a pedido, em caso de relevância previsível para a administração fiscal, *“without regard to the domestic interest of the requested State, bank secrecy or dual criminality”*<sup>148</sup>. Aqui começaram a ser criadas condições importantes para a construção de um novo padrão que viria a surgir, especialmente, dada a nova metodologia subjacente ao processo *peer review*, organizada por duas fases, na qual, os Estados começam por ser avaliados quanto à implementação legislativa do padrão mundial. Em relação a esta implementação legislativa, incluída na primeira fase, as jurisdições são avaliadas quando aos poderes conferidos às administrações fiscais referentes à recolha de informações e derrogação do sigilo bancário, poderes estes, que consubstanciam um pressuposto para a efetiva troca de informações financeiras. A frase, então, em voga era, *“the era of banking secrecy is over”*, declarada na reunião do G20 em abril de 2009; mas, em boa verdade, a ação

---

<sup>147</sup>Neste sentido, Ana Paula Dourado [Dourado, A.P (2013) p.5]: *“Until the recent peer-review work by the Global Forum, the scope of exchange of information as proposed by Article 26 OECD MC was often limited in the bilateral conventions, because of domestic constraints and often led either to its non-inclusion in the bilateral conventions or to its nonapplication.”*

<sup>148</sup> Dourado, Ana Paula (2013), *“Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies”*, EUI Working Paper RSCAS 2013/11, p. 8

relevava-se escassa. De facto, da projeção de tal padrão e do respetivo processo de implementação, não surgiram ferramentas que fizessem jus à veracidade da predita declaração, concretamente, que viabilizassem a adoção de uma solução global, questionando-se, portanto, a seriedade e efetividade desse padrão. Razão pela qual, não reconhecemos que tenha sido a implementação do padrão mundial de 2009, decretória para a dissipação do sigilo bancário para efeitos fiscais.

Antes, reconhecemos ter sido determinante a tal efeito, a implementação do novo padrão mundial sobre a troca automática de informações financeiras em matéria fiscal, ao apresentar a Common Reporting Standard como *a* solução global, e ao regular múltiplos detalhes, até então, marginalizados.

A construção do novo padrão, não se bastou em impingir aos Estados a adoção de um mecanismo de troca de informações financeiras automática e obrigatória, sem explicar a solução global<sup>149</sup>, extensível a todas as jurisdições. Ele surgiu com uma norma comum, aplicável a nível mundial, sobre a coleta, armazenamento, tratamento, processamento e transmissão de informações financeiras, sob o qual a troca se efetuará (CRS). Com efeito, o atual padrão, ao contrário do anterior, oferece as necessárias condições equitativas (*level playing field*<sup>150</sup>) para que a troca de informações financeiras em matéria fiscal seja efetuada a nível global, e para que os Estados atuem em concorrência fiscal justa, equitativa e transparente.

Acresce que, o novo padrão mundial sobre a troca automática de informações financeiras, faz surgir um novo *obrigado*, que são as Instituições Financeiras, e um novo *dever*, sobreposto ao dever de sigilo bancário, em prol do acesso por parte das suas administrações fiscais. Assim, as Instituições Financeiras, surgem envolvidas na implementação do novo padrão; para além de estarem obrigadas a comunicar automaticamente as informações das contas financeiras por si mantidas, têm de cumprir, escrupulosamente, com uma série de regras de diligência devida, sob pena de ficarem sujeitas a severas sanções.

---

<sup>149</sup> Como refere Ana Paula Dourado, “*the consequences of bank and tax secrecy and tax havens for each and every country, the importance of exchange of information on tax matters (...) are examples of global problems asking for global solutions and global tax standards.*” [Dourado, A.P (2013) p. 2]

<sup>150</sup> OCDE (2017), *Tax Transparency 2017 - Report on Progress*, Paris, OCDE. Disponível em <https://www.oecd.org/tax/transparency/global-forum-annual-report-2017.pdf>, p. 8



O novo fluxo mundial de informações financeiras para efeitos fiscais parte, então, da seguinte premissa: **a inoponibilidade do sigilo bancário às administrações fiscais**. O acesso e a troca de informações financeiras para fins fiscais, *deixam de ser exceções*, postas em prática só em casos de elisão ou fraude fiscal, para passarem a ser standards mundialmente aceites. A recolha e comunicação, das informações financeiras, passou a ser automática, sem depender do consentimento do titular da conta, bastando que a mesma seja qualificada como conta sujeita a comunicação segundo os procedimentos de diligência devida, mesmo que não haja suspeita de prática de ilícitos fiscais.

Com efeito, chegado o primeiro momento final, a resposta ao nosso tema, tende a ser positiva, *i.e.* o sigilo bancário encontra-se dissipado no âmbito do intercâmbio de informações financeiras entre as administrações fiscais das jurisdições comprometidas com o CRS. Mas num segundo momento, em que a premissa é – as jurisdições reconhecem não haver sigilo bancário perante o acesso e a troca de informações pelo fisco –, a questão da dissipação do sigilo bancário para efeitos fiscais, pode continuar a fazer sentido, se atentarmos aos riscos que acompanham o fenómeno da transferência do sigilo bancário para as autoridades fiscais nacionais<sup>151</sup>.

A análise da questão, abordada do ponto de vista da proteção e confidencialidade dos dados, é pertinente. O recurso a grandes volumes de dados financeiros proporcionado pelo fenómeno da troca automática de informações financeiras para efeitos fiscais, convoca, com efeito, e com alguma acuidade, a questão identificada em epígrafe. Como refere Ana Alves Leal <sup>152</sup>, a informação adquirida *“depende da existência de dados e é o resultado do seu processamento e análise, aos quais é atribuído um sentido ou significado. O conhecimento corresponde à estruturação e relação da informação (seja através de um processo computacional, seja através de um processo mental) de forma a torna-la útil, com vista a finalidades (aplicações) específicas.”*

Ora, os procedimentos subjacentes ao CRS, não só permitem identificar o perfil de determinado contribuinte, como também revelam as decisões financeiras dos mesmos; uma vez comunicadas às administrações fiscais, terão estas o poder de associar as

---

<sup>151</sup> Como refere Ana Paula Dourado [Dourado, A.P (2013) p. 9] *“An international standard on exchange of information that does not prohibit the use of illicitly obtained data will contribute to and stimulate a global market where those data can be sold and bought, and where the confidentiality rules will not be observed.”*

<sup>152</sup> LEAL, Ana Alves *“Aspetos jurídicos da análise de dados na Internet (big data analytics) nos setores bancário e financeiro : proteção de dados pessoais e deveres de informação”* Coimbra, Almedina, p. 95

informações recebidas a determinados factos. Um só erro, é suficiente para dar origem a informações incorretas<sup>153</sup>. Surge, assim, um risco, inerente à discricionariedade dos poderes do fisco, nomeadamente, de as informações financeiras serem interpretadas de forma errada, e utilizadas em desconformidade com as finalidades que fundamentam o novo mecanismo de derrogação automática do sigilo bancário para efeitos fiscais. Além disso, podem as próprias Instituições Financeiras errarem nos critérios que determinam a sujeição, de pessoas e contas financeiras, ao regime de comunicação obrigatória. Como refere Ana Alves Leal [Leal, A.A (2017) p. 97] *‘o conhecimento produzido via big data é refutável (falsificável): podem não ser verdadeiras as proposições factuais e podem ser inválidas as teorias que sejam formuladas com base nos resultados da big data. Isto tem forte impacto quando são tomadas decisões com base nesses resultados (...).’*

A transferência de informações cobertas pelo sigilo bancário para esfera das administrações fiscais reclama, pois, uma responsabilidade acrescida para as mesmas, de nível igual ou superior atribuído às IF. Assim, o respeito pelo carácter sigiloso dos dados financeiros não pode desaparecer, ele tem de ser garantido desde o momento da recolha das informações financeiras, até aos momentos subsequentes, relativos ao tratamento, processamento, utilização e confidencialidade dos dados. A nível nacional, a confidencialidade fiscal corresponde a uma obrigação de manter em segredo as informações recolhidas pelas administrações fiscais, no âmbito das suas competências. Todavia, importa referir, que, por exemplo, nos termos da lei portuguesa, essa confidencialidade cessa em caso de assistência mútua e cooperação administrativa fiscal com as autoridades fiscais dos outros países com os quais haja convenção fiscal (art.º 64, n.º 2, c) LGT). Assim, o problema da confidencialidade fiscal sobre os dados recolhidos tem de ser analisado na perspetiva internacional.

Ela pode ser perspectivada em 2 dimensões: utilização autorizada e transmissão autorizada. Na primeira dimensão, a confidencialidade fiscal é comprometida, *se* a utilização das informações financeiras não for feita para aplicar e executar a legislação fiscal dos Estados quanto aos impostos abrangidos pelo instrumento de cooperação em causa (art.º

---

<sup>153</sup> Nestes casos, a secção IV MCAA prevê a notificação imediata entre as autoridades competentes [OCDE (2017), p. 26] *‘A Competent Authority will notify the other Competent Authority when the first-mentioned Competent Authority has reason to believe that an error may have led to incorrect or incomplete information reporting or there is non-compliance by a Reporting Financial Institution with the applicable reporting requirements and due diligence procedures consistent with the Common Reporting Standard. The notified Competent Authority will take all appropriate measures available under its domestic law to address the errors or non-compliance described in the notice.’*

12, n.º2 do Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de Maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de Outubro), *se* forem utilizadas em processo judicial e administrativo, cuja a causa não tenha sido uma infração fiscal (art.º 12, n.º4 do mesmo decreto-lei), ou *se* forem utilizadas para fins diferentes, permitidos, mas em que a obrigação de autorização prévia não foi respeitada (art.º 12, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 61/2013 de 10 de Maio, com as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei 64/2016 de 11 de Outubro e art.º 22, n.º4 da Convenção Multilateral OCDE/Conselho da Europa). Da mesma forma, a confidencialidade fiscal fica comprometida, se forem divulgadas informações financeiras a um país terceiro, sem prévia autorização para a transmissão por parte do Estado origem das informações.

Ainda dentro desta dimensão, importa referir que só as pessoas ou autoridades autorizadas a utilizar a informação, podem ter acesso à mesma. Segundo o art.º 22, n.º 2 da Convenção Multilateral conjunta da OCDE/Conselho da Europa, cujo o texto corresponde, no essencial, ao art.º 26, n.º2 da CMOCDE, as informações obtidas por uma Parte, só podem ser comunicadas *“às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais ou órgãos de administração ou fiscalização) encarregadas da liquidação ou da cobrança dos impostos dessa Parte, ou dos procedimentos declarativos ou executivos, ou das decisões de recursos, relativos a esses impostos, ou do seu controlo.”*

Na segunda dimensão, relativa à *transmissão autorizada*, segundo o CRS, os Estados estão vinculados a assegurar que as jurisdições parceiras adotem padrões de proteção e segurança em conformidade com as recomendações da OCDE, antes de transmitirem informações. Assim, a confidencialidade fiscal será comprometida, se a autoridade fiscal proceder à transmissão de informações, sem avaliar a *conformidade dos padrões em matéria de segurança e proteção de dados* vigentes no Estado recetor. Mediante a secção V do MCAA<sup>154</sup>, as autoridades competentes podem, por decisão mútua, estipular as regras a que ficaram sujeitas, em matéria de confidencialidade e outras salvaguardas relativa às informações. Para o efeito, o anexo 4 ao CRS da OCDE contém uma minuta de um questionário útil para os Estados conhecerem os padrões implementados na jurisdição com que irão trocar informações; acresce que, os comentários ao MCAA [OCDE (2017) p.81] referem que as jurisdições podem personalizar o questionário à sua medida, desde que os princípios do CRS sejam assegurados. Este dever também está

---

<sup>154</sup> [OCDE (2017) p. 26]

previsto no comentário n.º 11 ao art.º 26 da CMOCDE [OCDE (2010) p. 664], “*O procedimento de assistência mútua entre as administrações fiscais só é exequível se cada uma dessas administrações tiver a garantia de que a outra considerará como confidenciais as informações que tiver obtido em virtude da respetiva cooperação.*”

Mas a confidencialidade dos dados, depende ainda, de um sistema de gestão de segurança da informação, capaz de a proteger, contra o extravio, destruição, uso e acesso ilícito. Segundo a definição exposta nos comentários ao MCAA, um **Information Security Management System** [OCDE, (2017) p. 83] corresponde “*a set of policies, practices and procedures concerned with information security management including IT related risks.*”

Nesta matéria, a OCDE apela à adoção dos standards internacionalmente reconhecidos “*ISSO/IEC 27000-series*” publicados pela *International Organization for Standardization e International Electrotechnical Commission* [OCDE (2017) p. 83].

Mas um Sistema de Gestão Segura de Informação, segundo a OCDE, “*is not just a technical issue but also a management, cultural and organisational issue.*” [OCDE, (2017) p. 83]. A OCDE apela à implementação das melhores práticas para assegurar a proteção dos dados dos contribuintes. Começando pela previsão de **processos de “triagem” dos funcionários fiscais**, as jurisdições devem avaliar o perfil dos funcionários envolvidos no tratamento das informações financeiras (cautelosos, responsáveis), especialmente, os que estão em posição de autoridade e os que têm acesso privilegiado; em geral, todos os funcionários fiscais devem conhecer os seus deveres de proteção e confidencialidade dos dados, e acompanhar as atualizações administrativas e legais na matéria [OCDE (2017), pp. 83-84].

Outros aspetos devem ser implementados a fim de proteger a confidencialidade e segurança dos dados: controlo máximo relativamente às pessoas que acedem às instalações e aos gabinetes de armazenamento físico das informações [OCDE (2017), p. 86], e dos usuários que acedem aos sistemas de informação, isto é, o acesso deve estar limitado a usuários e a dispositivos autorizados, recomenda-se a autenticação de identidades que requerem o acesso [OCDE (2017), p. 87], previsão de mecanismos-alerta para casos de acesso não autorizado e de sistemas de bloqueio a informações confidenciais.

A fim de assegurar a integridade da informação armazenada no sistema, ao detetar-se algum incidente na tecnologia de comunicação e informação, as autoridades competentes devem intervir e corrigir o mais rápido possível a deficiência [OCDE (2017), p. 87]. Para além disso, as autoridades devem atualizar periodicamente as políticas dos processos de monitoramento do sistema de informação; avaliar periodicamente os riscos inerentes ao potencial acesso não autorizado e à magnitude do dano que pode daí advir para a esfera do contribuinte [OCDE (2017), p. 88]; prever mecanismos de recuperação “pós-desastre” nos sistemas de informação; identificar e rotular os dados transmitidos sob o CRS de forma clara, e sujeitá-los a arquivos com mecanismos especiais de salvamento, e de remoção de todos os dados na hipótese do arquivo ser aberto por pessoas não autorizadas, bem como, prever políticas de destruição de dados que já não são necessários “secure disposal of confidential information”. Finalmente, as leis domésticas devem prever penalidades e sanções para casos de violação de políticas e procedimentos de segurança, de forma a impedir que outras pessoas cometam violações semelhantes [OCDE (2017), p. 89].

Com efeito, a capacidade para proteger a confidencialidade das informações dos contribuintes, depende de toda uma “*culture care*” do sistema de gestão adotado pelas jurisdições [OCDE (2017) p. 79].

Finalizando, é possível evidenciar que o standard sobre a troca automática de informações financeiras, acaba por transferir a responsabilidade na proteção do carácter sigiloso destas, para a esfera das administrações fiscais. Daí que, perante o novo padrão mundial de troca automática de informações financeiras, a dissipação/dispersão do sigilo bancário para efeitos fiscais depende, em peso, da capacidade de os sistemas fiscais protegerem a confidencialidade dos dados bancários.

## Bibliografia e outros Documentos

CALDAS, Marta (2015), *“O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal?”*, in Cadernos IDEEF n.º 18, Coimbra, Almedina [Caldas, M. (2015)]

COMISSÃO EUROPEIA (2012), *“Plano de Ação para reforçar a luta contra a fraude e a evasão fiscais”*, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, COM (2012) 722 final de 06/12/2012, Bruxelas. Disponível em <http://europa.eu> [Comissão Europeia (2012)]

COMISSÃO EUROPEIA (2017), *“Relatório da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva (EU) 2011/16/EU no que respeita à cooperação administrativa no domínio da tributação direta”* COM(2017) 781 final, Bruxelas; Disponível em: [file:///C:/Users/HP/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/1\\_PT\\_ACT\\_part1\\_v2.pdf](file:///C:/Users/HP/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/1_PT_ACT_part1_v2.pdf) [Comissão Europeia (2017)]

CONSELHO (2017), *Conclusões do Conselho sobre a lista da UE de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais* (2017/C 438/04); Disponível em: [http://www.taxfile.pt/file\\_bank/news5117\\_6\\_1.pdf](http://www.taxfile.pt/file_bank/news5117_6_1.pdf) [Conselho (2017)]

CORDEIRO, António Menezes (2006), *“Manual de Direito Bancário”*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra [Cordeiro, A.M (2006)]

CORDEIRO, António Menezes (2014) *“Sigilo Bancário: fica a saudade?”*, Temas De Direito Bancário I, in Cadernos o Direito, n.º8/2014, Coimbra, Almedina [Cordeiro, A.M (2014)]

CORDEIRO, António Menezes *et. al* (2017), *“FinTech - Desafios da Tecnologia Financeira”*, Coimbra, Almedina; Colaboração: António Menezes Cordeiro, Ana Perestrelo de Oliveira e Diogo Pereira Duarte [Cordeiro, A.M *et. al* (2017)]

COURINHA, Gustavo Lopes (2009), *“A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua compreensão”*, Coimbra, Reimpressão Almedina [Courinha, G.L (2009)].

DOURADO, Ana Paula (2013), *“Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies”*, EUI Working Paper, RSCAS 2013/11; Disponível em: [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/26059/RSCAS\\_2013\\_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/26059/RSCAS_2013_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y) [Dourado, A.P (2013)]

DOURADO, Ana Paula (2015) *“Aggressive Tax Planning in EU Law and in the light of BEPS - The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”*, Intertax, vol.43, n.º 1, 2015 [Dourado, A.P (2015)]

DOURADO, Ana Paula (2015), *Articles 3 f), 26 & 27 "Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”*, eds. Ekkehart Reimer & Alexander Rust, Fourth Edition (Wolters Kluwer, 2015) [Dourado, A.P (2015)]

DOURADO, Ana Paula (2015) – ‘‘Article 26, Exchange of Information’’, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, eds. Ekkehart Reimer & Alexander Rust, Kluwer Law International, The Netherlands, 4 ed. Vol II [Dourado, A.P (2015)]

DOURADO, Ana Paula (2016), ‘‘Direito Fiscal, Lições’’, Manuais Universitários, Almedina, Coimbra (reimpressão da 1.ª ed. De 2015) [Dourado, A.P (2016)]

DOURADO, Ana Paula (2017), ‘‘Governação Fiscal Global’’, Almedina, Coimbra [Dourado, A.P (2017)]

DOURADO, Ana Paula (2018), ‘‘Editorial: Minimum Standards in Taxes: A Positive-Sum Game’’, *Intertax*, 46, Issue 5, pp. 365–367 [Dourado, A.P (2018)]

DOURADO, Ana Paula (2018), ‘‘The EU Black List of Third-Country Jurisdictions’’, 2018, *Intertax*, 46, nº3, pp. 178–180 [Dourado, A.P (2018b)]

FATF/OECD (2013), ‘‘International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation, The FATF Recommendations February 2012, FATF/OECD’’, Paris; Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF\\_Recommendations.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf). [FATF/OECD (2013)]

FAUSTINO, Manuel Lopes da Silva (2005) ‘‘Directiva da Poupança no Âmbito da UE, Alguns Aspectos’’, *Fiscalidade*, Revista de Direito e Gestão Fiscal, n.º 22, Abril-Junho de 2005 [Faustino (2005)]

GUIMARÃES, Vasco Branco (2011), ‘‘O Segredo Bancário (Uma interpretação dos Estudos da OCDE)’’ in *Sigilos Bancário e Fiscal - Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*, Belo Horizonte, Brasil, 2011 [Guimarães, V.B (2011)]

LEAL, Ana Alves (2017) ‘‘Aspectos jurídicos da análise de dados na Internet (big data analytics) nos setores bancário e financeiro : proteção de dados pessoais e deveres de informação’’ Coimbra, Almedina [Leal, A.A (2017)]

MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira (2016) ‘‘Manual de Direito Fiscal - Perspetiva Multinível’’, Coimbra, Almedina [Machado, J.E.M e Costa, P.N (2016)]

OCDE (1987), ‘‘International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies’’, OCDE Publishing, Paris [OCDE (1987)]

OCDE (1998), ‘‘Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue’’, OECD Publishing, Paris; Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>. [OCDE, 1998]

OCDE (2000), ‘‘Improving Access to Bank Information for Tax Purposes’’, OECD Publishing, Paris; Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2497487.pdf> [OCDE, (2000)]

OCDE (2001), ‘‘Recommendation of the Council on the Use of the OECD Model Memorandum of Understanding on Automatic Exchange of Information for Tax Purposes’’, OCDE Publishing, Paris; Disponível em:

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(2001\)28/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(2001)28/FINAL&docLanguage=En)

OCDE (2003), “*Improving Access to Bank Information for Tax Purposes – The 2007 Progress Report*”, OECD Publishing, Paris; Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/14943184.pdf> [OCDE, (2003)]

OCDE (2004), “*A Process for Achieving a Global Level Playing Field, OCDE Global Forum on Taxation*”, Berlim, 3-4 June 2004; Disponível: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/31967501.pdf> [OCDE (2004)]

OCDE (2006), “*Manual on the Implementation of Exchange of Information Provisions for Tax Purposes - Approved by the OECD Committee on Fiscal Affairs on 23 January 2006 – Module on General and Legal Aspects of Exchange of Information*”, OCDE Publishing, Paris; Disponível em [www.oecd.org](http://www.oecd.org) [OCDE (2006)]

OCDE (2007), “*Improving Access to Bank Information for Tax Purposes – The 2007 Progress Report*”, OECD Publishing, Paris; Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/39327984.pdf> [OCDE, (2007)]

OCDE (2008), “*Tax Co-operation 2008: Towards a Level Playing*”, OECD Publishing, Paris; Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264039261-en>. [OCDE (2008)]

OCDE (2009), “*Tax Co-operation 2009: Towards a Level Playing Field*”, OECD Publishing, Paris; Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264047921-en>. [OCDE (2009)]

OCDE (2009), “*Countering Offshore Tax Evasion: Some Questions and Answers*”, OECD Publishing, Paris; Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/42469606.pdf> [OCDE (2009b)]

OCDE (2010), “*Implementing the Tax Transparency Standards: A Handbook for Assessors and Jurisdictions*”, OECD Publishing, Paris; Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264088016-en>. [OCDE (2010)]

OCDE (2010), “*Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Patrimônio, Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE*”, in *Cadernos de Ciências e Técnica Fiscal* (210), Centros de Estudos e Aduaneiros, Autoridade Tributária e Aduaneira, Ministério das Finanças, Reedição 2013 [OCDE (2010B)]

OCDE (2011), “*The Era of Bank Secrecy is Over: the G20/OECD Progress is Delivering Results*”, OCDE Publishing, Paris; Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48996146.pdf>

OCDE (2013), “*A Step Change in Tax Transparency Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context*”, OCDE Publishing, Paris; Disponível em: [http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/taxtransparency\\_G8report.pdf](http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/taxtransparency_G8report.pdf) [OCDE (2013)]

OCDE (2014), “*Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*”, OCDE Publishing, Paris; Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264216525-en> [OCDE (2014)]



OCDE (2017), “*Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*” – *Second Edition*”, OECD Publishing, Paris, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264216525-en> [OCDE (2017)]

OCDE (2017), “*Tax Transparency 2017 - Report on Progress*”, OECD Publishing, Paris; Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/global-forum-annual-report-2017.pdf> [OCDE (2017b)]

OCDE (2018), “*Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters - Implementation Handbook*” - *Second Edition*, OECD Publishing, Paris, Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-information-in-tax-matters.pdf> [OCDE, (2018)]

OCDE (2018), “*Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*”, OECD, Paris. [www.oecd.org/tax/exchange-of-information/ model-mandatory-disclosure-rules-for-crs-avoidance-arrangements-and-opaque-offshorestructures.pdf](http://www.oecd.org/tax/exchange-of-information/model-mandatory-disclosure-rules-for-crs-avoidance-arrangements-and-opaque-offshorestructures.pdf) [OCDE, (2018b)]

OCDE/Conselho da Europa (1992), “*Relatório Explicativo relativo à Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal*”, in *Ciência e Técnica Fiscal* n. ºs 363, 364 e 365, Centro de Estudos Fiscais – Direção Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, julho de 1991 a março de 1992 [OCDE/Conselho da Europa (1992)]

OCDE/Conselho da Europa (2011), “*Text of the Revised Explanatory Report to the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters as Amended by the Protocol*”, OECD Publishing, Paris, Disponível em: [http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Explanatory\\_Report\\_ENG\\_%2015\\_04\\_2010.pdf](http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Explanatory_Report_ENG_%2015_04_2010.pdf) [OCDE/Conselho da Europa (2011)]

PAGANI, Fabrizio (2002), “*Peer Review: A Tool for Co-Operation and Change - An Analysis of an OECD Working Method*”, OECD Publishing, Paris, Disponível em: <https://www.oecd.org/dac/peer-reviews/1955285.pdf> [PAGANI, F. (2002)]

PEIXOTO, José Roberto da Cunha (2011), “*Sigilos Bancário e Fiscal: Possibilidade de Quebra pela Advocacia-Geral da União e Limites*”, in *Sigilos Bancário e Fiscal – Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*, Belo Horizonte, Brasil [Peixoto, J.R.C (2011)]

PIRES, Rita Calçada (2011), “*Tributação Internacional do Rendimento Empresarial gerado através do Comércio Eletrónico*”, Coimbra, Almedina [Pires, R.C (2011)]

QUEIROZ, Mary Elbe Gomes (2013) “*A transparência fiscal e a inexistência de sigilo bancário para o fisco*”, In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, VOL II*; organizadores: Eduardo Paz Ferreira, Heleno Taveira Torres, Clotilde Celorico Palma, Almedina [Queiroz, M.E (2013)]

SANCHES, José Saldanha (2006), “*Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*”, Coimbra, Almedina [Sanches, J.S (2006)]

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes (2011), *“Segredos Bancário e Fiscal Relacionados com a Administração Tributária e o Ministério Público”*, in Sigilos Bancário e Fiscal – Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves, Belo Horizonte, Brasil [Saraiva Filho, O.O.P (2011)]

XAVIER, Alberto (2016) *“Direito Tributário Internacional”*, Colaboração de Clotilde Celorico Palma e Leonor Xavier, Coimbra, Almedina [XAVIER, A. (2016)]